PIERLUIGI
CHIASSONI

LA TRADICIÓN ANALÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

DE BENTHAM A KELSEN

PALESTRA

LA TRADICIÓN ANALÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

De Bentham a Kelsen

PIERLUIGI CHIASSONI
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Génova

La tradición analítica en la Filosofía del Derecho

De Bentham a Kelsen

Traducción de
Félix Morales Luna

Palestra Editores
Lima — 2017

340.1 **P54**	Chiassoni, Pierluigi, 1961 - La tradición analítica en la filosofía del Derecho: de Bentham a Kelsen / Pierluigi Chiassoni; traducido por Félix Morales Luna. - Lima: Palestra Editores, 2017. 527 p.; 21 cm. D.L. 2017-13903 ISBN: 978-612-4218-99-6 1. Derecho 2. Filosofía analítica del derecho 3. Jurisprudencia 4. imperativismo 5. cognoscitivismo interpretativo 6. teoría pura del Derecho 7. realismo jurídico 8. formalismo interpretativo 9. jurisprudencia analítica

LA TRADICIÓN ANALÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
De Bentham a Kelsen

PIERLUIGI CHIASSONI

Palestra Editores: Primera edición, Octubre, 2017.

Traducción de la obra original: *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. da Bentham a Kelsen.* Editorial Giappichelli, Torino, 2009.

© 2017: PIERLUIGI CHIASSONI

© 2017: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

© De la traducción: FÉLIX MORALES LUNA

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
Multigrafik S.A.C.
Cal. s/n Mza. 54 Lote 25 AAHH Huascar - Lima 36 - Perú
Octubre, 2017

DIAGRAMACIÓN:
Alan O. Bejarano Nóblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-13903

ISBN: 978-612-4218-99-6

Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

A Mik y Josy,
quince años después

«Fuera del movimiento analítico [...] la filosofía del derecho parece un lago inquieto sin limpieza, del cual afloran y en el que se precipitan diversas metafísicas [...] Los recorridos filosóficos pasan a través de manifestaciones sublimes, demostraciones afectadas por vicios lógicos secretos, intuiciones no controlables, argumentaciones capciosas, efusiones de sentimientos, lenguajes sugestivos y obscuros»

UBERTO SCARPELLI

«La teoría general del derecho sería culpable de haber alejado el derecho de la vida, de haberlo congelado para no dejarlo corromperse por las tempestades de la historia y, así, favorecer la conservación social.
No es nada cierto (...)
La teoría general del derecho ofrece, a quien se sepa valer de ella, instrumentos conceptuales útiles para comprender tanto el derecho que está detenido como aquel en movimiento, tanto el derecho pasado como el futuro. Solamente no ofrece nada a aquellos, cuya revuelta contra la objetividad de la ciencia, ha devenido en un pretexto para dar una plena absolución a las formas, incluso a las más descaradas, del pensamiento tendencioso. Más bien, considero que no hay ejercicio más saludable que el análisis conceptual para remover tantos escombros ideológicos que continúan obstaculizando el camino de la investigación, para forzar a los impacientes a hacer un poco de penitencia, para poner contra la pared a los abstrusos, y, last but not least, para desmitificar a los desmitificadores»

NORBERTO BOBBIO

Contenido

PRÓLOGO 15

Capítulo I: LOS ALBORES DE LA UTOPÍA ANALÍTICA: JEREMY BENTHAM 19

1. Advertencia 20
2. Dos modelos de filosofía del derecho positivo 20
3. Hobbes y el estudio de las "leyes civiles en general" 24
4. Bentham y la filosofía del derecho: consideraciones preliminares 26
5. El mapa benthamiano del saber jurídico 29
   5.1. Jurisprudencia expositiva, jurisprudencia censoria 29
   5.2. Jurisprudencia autoritativa, jurisprudencia no-autoritativa 30
   5.3. Jurisprudencia local, jurisprudencia universal 31
   5.4. Un mapa innovador 33
6. Dos ejercicios de desmitificación 36
   6.1. Primer ejercicio: el mito del *Common Law* 36
   6.2. Segundo ejercicio: la naturaleza de las obligaciones jurídicas 41
7. El método analítico benthamiano: instrucciones para aspirantes a desmitificadores 44
   7.1. Cómo mitificar el derecho 45
   7.2. Cómo desmitificar el derecho 46
8. Variedad de imperativismos 56
9. Codificación del derecho, ciencia de la legislación, teoría de las normas jurídicas 60
10. El concepto benthamiano de norma jurídica: consideraciones introductorias 63

11. Cuatro tesis fundamentales 65
11.1. Una propuesta terminológica 66
11.2. El ineludible carácter teórico de la noción de norma jurídica 69
11.3. Textos legislativos, normas, ideas de normas 70
11.4. Bentham y la concepción expresiva de las normas 73
11.5. Preeminencia teórica del concepto de norma jurídica 75
12. Sujetos, objetos, estructura, destinatarios, generalidad de las normas jurídicas 76
12.1. Destinatarios ("partes interesadas") 78
12.2. Normas jurídicas *in populum*, normas jurídicas *in principem* 81
12.3. Normas generales, normas particulares 86
13. La fuente de las normas jurídicas 86
13.1. La noción de soberano 91
13.2. Normas concebidas, normas adoptadas (normas soberanas, normas subordinadas) 96
14. Normas imperativas, normas no-imperativas 101
15. La "lógica de la voluntad": fragmentos de la lógica deóntica benthamiana 104
16. Dinámica de las normas: normas originarias, normas sobrevenidas 115
16.1. La ley universal de libertad 115
16.2. Aspectos de la nomodinámica benthamiana 118
17. Una teoría de las normas permisivas 122
17.1. Relevancia normativa de las normas permisivas 123
17.2. Relaciones entre normas permisivas y normas imperativas 126
17.3. ¿Las normas permisivas pueden ser reducidas a normas imperativas? 126
17.4. Carácter auxiliar de las normas permisivas 127
17.5. Carácter parasitario de las normas permisivas 128
17.6. Relevancia teórica de las normas permisivas 130
18. Normas principales, subsidiarias, de remedio, procesales 131
19. Normas consuetudinarias, de derecho tradicional, de derecho escrito 135
20. Normas completas, normas incompletas. Fragmentos de hermenéutica benthamiana 136
21. Notas finales sobre el imperativismo benthamiano 143
21.1. Elementos constitutivos del derecho 144
21.2. Destinatarios de las normas jurídicas 147
21.3. Estructura de las normas jurídicas 147
21.4. Relaciones entre normas jurídicas 148

Capítulo II: LOS IMPERATIVISMOS DEL SIGLO XIX: JOHN AUSTIN Y LA *ANALYTICAL JURISPRUDENCE* 151

1. La edad del positivismo imperativista 152
2. El mapa austiniano del saber jurídico 155
   2.1. Particular *jurisprudence* 158
   2.2. *Science of legislation* 159
   2.3. *General jurisprudence* 163
3. El método analítico de la *general jurisprudence* 167
4. Un imperativismo radical 171
5. La teoría austiniana de las órdenes 174
   5.1. Deseo dirigido a los comportamientos ajenos 176
   5.2. Voluntad de dañar 179
   5.3. Capacidad de dañar 180
   5.4. Manifestación del deseo y de la voluntad de dañar 185
   5.5. Dos nociones de orden: Mac Cormick vs. Austin 187
   5.6. La "superflua y peligrosa ficción" de la voluntad soberana: dos críticas al voluntarismo austiniano 191
6. Órdenes y reglas jurídicas 195
7. Órdenes particulares, órdenes generales 195
8. Del soberano y de otros superiores políticos 201
   8.1. Soberanos únicos, soberanos colegiados 203
   8.2. Soberano y producción de normas jurídicas 204
   8.3. ¿Límites jurídicos al poder del soberano? 205
   8.4. Digresión: normas de competencia y normas sobre la producción jurídica 209
   8.5. Austin y las normas sobre la producción jurídica 212
9. Leyes accesorias 215
   9.1. Leyes interpretativas. Fragmentos de hermenéutica austiniana 215
   9.2. Leyes abrogatorias 219
   9.3. Leyes imperfectas 220
   9.4. Más sobre las normas constitucionales 220
10. Imperativos disimulados 221
11. La herencia de Austin 222

Capítulo III: IMPERATIVISMOS DEL SIGLO XIX: SAVIGNY, IHERING, THON Y LA *ALLGEMEINE RECHTSLEHRE* 225

1. El modelo alemán de filosofía del derecho positivo 225
2. La filosofía del derecho positivo de Friedrich Carl von Savigny 228

2.1. Naturaleza del derecho 232
2.2. Fuentes del derecho 236
2.3. La filosofía de Savigny. Notas al margen 241
3. Meditaciones meta-jurisprudenciales: Adolf Merkel y el estatuto de la Allgemeine Rechtslehre 243
4. Thon vs. Ihering, o del imperativismo sin coacción 248
5. Carácter social del derecho 250
6. Del derecho estatal en particular 255
7. Normatividad del derecho 258
7.1. El "Dilema de Thon" 260
8. Imperatividad del derecho 265
8.1. Imperativos y discurso de las fuentes 267
8.2. Variedad de imperativos 271
8.2.1. Normas desnudas y normas dotadas de consecuencias jurídicas 272
8.2.2. Imperativos independientes y no independientes 275
8.3. Imperativos y otras normas jurídicas 276
9. Imperativismo y realidad del derecho 282

Capítulo IV: COGNOSCITIVISMOS INTERPRETATIVOS: DE PUFENDORF A WINDSCHEID 287

1. La era del formalismo interpretativo 287
2. Dos cognoscitivismos del siglo XVII 289
2.1. Algunos presupuestos ideológicos 291
2.2. El método de Pufendorf 293
2.3. El método de Leibniz 297
3. La Escuela de la exégesis 301
3.1. Fuentes del derecho e instrucción académica en Francia en el siglo XIX 303
3.2. La ideología profesional 307
3.3. Los códigos interpretativos de los juristas exegéticos 314
4. La doctrina de Savigny 337
4.1. Interpretación de leyes aisladamente consideradas: las directivas del método organicista 338
4.2. El intérprete frente a las leyes defectuosas 344
4.3. La interpretación de las fuentes "en su conjunto": antinomias y lagunas 347

5. Rudolf von Ihering: de la interpretación a la construcción jurídica 350
6. La interpretación según la Pandectística: Bernhard Windscheid.....361
7. Consideraciones incidentales sobre la completitud del derecho.....367

Capítulo V: LA UTOPÍA EN EL SIGLO XX:
KELSEN Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO 371

1. La utopía en el siglo XX 372
2. Hans Kelsen: una vida al servicio de la ciencia 372
3. Cuatro etapas en la epistemología jurídica kelseniana 375
   3.1. Construccionismo (neo)kantiano débil.....380
   3.2. Construccionismo (neo)kantiano fuerte 387
   3.3. Construccionismo (neo)kantiano descriptivista 397
   3.4. Post-construccionismo descriptivista 404
4. El mapa kelseniano del saber jurídico 410
5. La teoría pura del derecho en pocas palabras 413
   5.1. Derecho, moral, religión 414
   5.2. Normas jurídicas: consideraciones preliminares 419
   5.3. Normas jurídicas: tipologías 421
   5.4. Normas individuales, generales, hipotéticas, categóricas 423
   5.5. Normas primarias, normas secundarias.....424
   5.6. Normas permisivas y situaciones de permiso en sentido negativo (regulación "negativa" de los comportamientos) 427
   5.7. Normas que confieren poderes 432
   5.8. Normas abrogatorias 436
   5.9. Normas interpretativas. Fragmentos de hermenéutica kelseniana.....440
   5.10. Normas que confieren derechos.....444
   5.11. Normas jurídicas, principios del derecho, principios morales 448
   5.12. La teoría kelseniana de la validez 450

Capítulo VI: EL REALISMO RADICAL DE LA TEORÍA PURA
DEL DERECHO.....465

1. Una teoría enigmática 465
2. El realismo radical de la teoría pura del derecho:
   el argumento a grandes rasgos 468
   2.1. El realismo jurídico en pocas palabras 469
   2.2. La teoría pura del derecho como filosofía iusrealista 471
3. El realismo radical de la teoría pura del derecho: el argumento en detalle 478

3.1. "Ciencia jurídica" 478
3.2. El realismo de la epistemología jurídica pura 481
4. Algunas conclusiones 492

Conclusiones provisionales 495

Índice de autores 499

Referencias bibliográficas 503

Prólogo

Desde hace tiempo, eminentes cultores de la materia —Norberto Bobbio, Guido Fassò, Herbert Hart, Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos S. Nino— han considerado insensata la pretensión de proveer una determinación exacta de la filosofía del derecho (de su "verdadera" naturaleza, de su "verdadero" objeto, de su "verdadero" método, etc.) sugiriendo, por el contrario, que es necesario tomar en cuenta la coexistencia, en la "filosofía del derecho" ampliamente entendida, de una pluralidad de enfoques de investigación heterogéneos.

Uno de estos enfoques se caracteriza por la reflexión filosófica acerca del derecho positivo. Es la "filosofía del derecho positivo", "teoría general del derecho" o también, más simplemente, "teoría del derecho". Su principal tarea consiste en indagar el fenómeno social del derecho —los denominados sistemas u ordenamientos jurídicos positivos— con la finalidad de construir redes de conceptos (entre ellos, los conceptos de "derecho", "ordenamiento jurídico", "sistema jurídico", "norma jurídica", "derecho subjetivo", "obligación jurídica", "validez", "eficacia", "sanción", "interpretación", "aplicación del derecho", "creación del derecho", "laguna", "antinomia", "estado", "soberanía", etc.), elaborar tipologías de objetos (distinguiendo, por ejemplo, entre normas imperativas, normas permisivas, normas de competencia, etc.) y formular tesis explicativas, cuyo valor consiste en su utilidad para una (mejor) comprensión de las experiencias jurídicas y para una (mejor) capacidad para trabajar con ellas en calidad de juristas, abogados, notarios, asesores legales, funcionarios públicos, jueces o legisladores.

El presente trabajo —originado en un ciclo de lecciones, con todos los límites del género literario (e incluso otros, que el lector podrá notar fácilmente por sí mismo)— puede ser leído en una triple clave.

En primer lugar, como el resultado parcial y provisional de una investigación (para)historiográfica sobre la filosofía analítica del derecho positivo, que pretende destacar el carácter de este enfoque, determinado por una línea precisa de política cultural: la utopía —la "utopía realista", para usar una feliz expresión de John Rawls— del dominio de la razón analítica sobre el pensamiento jurídico y, en consecuencia, sobre la creación y aplicación del derecho.

En segundo lugar, como un fragmento de una introducción filosófica al estudio del derecho, en el cual las posiciones de los autores del pasado son aproximadas a las de los autores contemporáneos, en un diálogo ideal sobre problemas comunes, teóricos y metodológicos[1].

En tercer lugar, como una narración de algunas páginas ejemplares en la historia de la cultura jurídica occidental, entre la segunda mitad del siglo XVII y la segunda mitad del siglo XX; páginas en las que se evocan las gestas intelectuales de algunos padres de la república iusfilosófica (Hobbes, Bentham, Austin, Savigny, Jhering, Kelsen), y de las cuales es posible extraer motivos para reflexionar sobre el derecho e interrogarse sobre las actitudes y los roles por asumir en relación con él —como es oportuno que haga, prontamente, quien inicie los estudios jurídicos—.

Se compone de seis capítulos.

El capítulo I ("Los albores de la utopía analítica: Jeremy BENTHAM") está dedicado al fundador de la filosofía analítica del derecho, al primer y radical utopista de la razón analítica: Jeremy Bentham. En él me propongo dar una idea (no más que una idea) de la riqueza y profundidad del pensamiento jurídico benthamiano, merecedor de atención, incluso hoy, no solo por razones de historiografía filosófica sino también por quienes, aquí y ahora, no pretenden renunciar al bien de la racionalidad en las vicisitudes

[1] "Los historiadores de profesión —escribe Uberto SCARPELLI (en el "Prefacio" a U. Scarpelli y C. Luzzati, *Compendio di filosofia del diritto*, p. XI)— ven a un autor en el contexto de su tiempo, estudian su formación, relaciones, orientaciones de fondo, influencias, destinos; un analítico, entra en las articulaciones del discurso, distingue en el sistema y aprecia las soluciones singulares a problemas específicos; en la cadena de los escritores, toma la cadena de los problemas y de sus transformaciones hasta los problemas actuales".

iuspolíticas (conscientes de que "apagadas ya todas las lámparas / se convierte la sardana en infernal").

Los capítulos II ("Imperativismos del siglo XIX: John Austin y la *analytical jurisprudence*") y III ("Imperativismos del siglo XIX: Savigny, Jhering, Thon y la *Allgemeine Rechtslehre*") están dedicados, como indican los títulos, a algunas teorías del siglo XIX que reflejan dos concepciones de la filosofía del derecho positivo, dominantes en la cultura jurídica occidental, más allá de los confines del siglo XIX: por un lado, la *general* o *analytical jurisprudence*, que tuvo en John Austin a su más ilustre exponente; por el otro, la *Allgemeine Rechtslehre*, representada por Adolf Merkel, August Thon y, *avant la lettre*, Friedrich Carl von Savigny y Rudolf von Jhering.

El capítulo IV ("Cognoscitivismos interpretativos: de Pufendorf a Windscheid") está dedicado a la interpretación jurídica. Se remonta a los orígenes, en el siglo XVII, del cognoscitivismo ("formalismo") interpretativo, documentados de modo paradigmático por algunas páginas de Samuel Pufendorf y de Gottfried Wilhelm Leibniz, y de allí desciende hacia el siglo XX, pasando por la Escuela de la exégesis y las ideas sobre la interpretación y el método jurídico de Savigny, Jhering y Windscheid. El propósito es ofrecer una casi exhaustiva visión panorámica de las "teorías" de la interpretación jurídica que preceden y preparan la "revuelta" antiformalista que caracteriza buena parte de la reflexión del siglo XX, la cual, como veremos en el capítulo V, tiene a Kelsen como exponente paradigmático.

El capítulo V ("La utopía en el siglo XX: Kelsen y la teoría pura del derecho") y el capítulo VI ("El realismo radical de la teoría pura del derecho") están dedicados al más ilustre heredero en el siglo XX de la *analytical jurisprudence* y de la *Allgemeine Rechtslehre*: Hans Kelsen, promotor, por su larga vida de científico, de una teoría "pura" del derecho.

Finalmente, formulo algunas consideraciones sobre el rol de la filosofía analítica del derecho en la formación del jurista en la presente era, a modo de conclusiones aún provisorias. Ello, pues pretendo darle una continuación a este primer volumen con uno segundo, que contará la utopía de la razón analítica, con alguna oportuna digresión, desde el "giro lingüístico", en los años cincuenta del siglo XX, hasta el constitucionalismo contemporáneo.

El presente escrito constituye una versión íntegramente revisada de *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, publicada en 2009. He añadido, además, un nuevo capítulo, dedicado a la teoría

pura de Hans Kelsen, que completa la exposición contenida en el capítulo V, a su vez modificado en varias partes. Todo ello con un doble propósito: facilitar la comprensión de los contenidos a menudo complejos, haciendo lo más agradable posible el viaje en el tiempo de las lectoras y lectores. Naturalmente, no me ilusiono de haber tenido éxito. Por lo demás, *habent sua fata libella*.

Esta versión castellana —en la que tuve la ocasión para introducir algunas revisiones del original— no habría sido posible sin la obra apasionada y escrupulosa del traductor, Félix Morales Luna, y el soporte inderrotable del editor, Pedro Paulino Grández Castro. A ambos, ya viejos amigos, deseo expresar mis agradecimientos más sinceros.

Génova, 23 Marzo 2017

Pierlugi Chiassoni

Capítulo I: Los albores de la utopía analítica: Jeremy Bentham

"Una teoría del derecho únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fabula de Fedro) una cabeza que puede ser bella pero que, lamentablemente, no tiene seso"

Immanuel Kant

"La jurisprudencia expositiva, el arte de encontrar las ideas claras y reconectarlas con las palabras de aquél cuyas ideas no eran claras"

Jeremy Bentham

Sumario: *1. Advertencia.– 2. Dos modelos de filosofía del derecho positivo.– 3. Hobbes y el estudio de las "leyes civiles en general".– 4. Bentham y la filosofía del derecho: consideraciones preliminares.– 5. El mapa benthamiano del saber jurídico.– 5.1. Jurisprudencia expositiva, jurisprudencia censoria.– 5.2. Jurisprudencia autoritativa, jurisprudencia no-autoritativa.– 5.3. Jurisprudencia local, jurisprudencia universal.– 5.4. Un mapa innovador.– 6. Dos ejercicios de desmitificación.– 6.1. Primer ejercicio: el mito del Common Law.– 6.2. Segundo ejercicio: la naturaleza de las obligaciones jurídicas.– 7. El método analítico benthamiano: instrucciones para aspirantes a desmitificadores.– 7.1. Como mitificar el derecho.– 7.2. Como desmitificar el derecho.– 8. Variedad de imperativismos.– 9. Codificación del derecho, ciencia de la legislación, teoría de las normas jurídicas.– 10. El concepto benthamiano de norma jurídica: consideraciones introductorias.– 11. Cuatro tesis fundamentales.– 11.1. Una propuesta terminológica.– 11.2. El ineludible carácter teórico de la noción de norma jurídica.– 11.3. Textos legislativos, normas, ideas de normas.– 11.3.1. Bentham y la concepción expresiva de las normas.– 11.4. Preeminencia teórica del concepto de norma jurídica.– 12. Sujetos, objetos, estructura, destinatarios, generalidad de las normas jurídicas.– 12.1. Destinatarios ("partes interesadas").– 12.2. Normas jurídicas in populum, normas jurídicas in principem.– 12.3. Normas generales, normas particulares.– 13. La fuente de las normas jurídicas.– 13.1. La noción de soberano.– 13.2. Normas concebidas, normas adoptadas (normas soberanas, normas subordinadas).– 14. Normas imperativas, normas no-imperativas.– 15. La "lógica de la voluntad": fragmentos*

de la lógica deóntica benthamiana.– 16. Dinámica de las normas: normas originarias, normas sobrevenidas.– 16.1. La ley universal de libertad.– 16.2. Aspectos de la nomodinámica benthamiana.– 17. Una teoría de las normas permisivas.– 17.1. Relevancia normativa de las normas permisivas.– 17.2. Relaciones entre normas permisivas y normas imperativas.– 17.3. ¿Las normas permisivas pueden ser reducidas a normas imperativas? — 17.4. Carácter auxiliar de las normas permisivas.– 17.5. Carácter parasitario de las normas permisivas.– 17.6. Relevancia teórica de las normas permisivas.– 18. Normas principales, subsidiarias, de remedio, procesales.– 19. Normas consuetudinarias, de derecho tradicional, de derecho escrito.– 20. Normas completas, normas incompletas. Fragmentos de hermenéutica benthamiana.– 21. Notas finales sobre el imperativismo benthamiano.– 21.1. Elementos constitutivos del derecho.– 21.2. Destinatarios de las normas jurídicas.– 21.3. Estructura de las normas jurídicas.– 21.4. Relaciones entre normas jurídicas.

1. ADVERTENCIA

La "filosofía del derecho positivo" es lo que, en la cultura jurídica occidental, han hecho y hacen los estudiosos, en su mayoría académicos, quienes han usado o usan esta denominación para designar su trabajo y sus productos literarios, o bien denominaciones consideradas sinónimas en la lengua castellana o en otras lenguas, tales como "jurisprudence", "legal philosophy", "legal theory", "Rechtstheorie", "teoría del derecho", "teoria del diritto", "théorie du droit", "allgemeine Rechtstheorie", "allgemeine Rechtslehre", "general theory of law", "teoría general del derecho", "teoria generale del diritto", "teoria del diritto", etc.

Para quien no crea que las disciplinas cuentan con perfiles inscritos en la naturaleza de las cosas, un *incipit* como este constituye un planteamiento obligado. Aunque a algunos podrá parecerles un pésimo inicio, a mí, por el contrario, me parece una saludable invitación a observar un fenómeno cultural, secular y complejo, y para dar cuenta de él, de un modo desapasionado, sin dejarnos vencer por los propios preconceptos.

2. DOS MODELOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO

La filosofía del derecho positivo no concierne exclusivamente al siglo iniciado hace ya tres lustros ni al precedente. En efecto, en cuanto sector de investigación y de producción literaria estatutariamente distinto de otros

sectores, los orígenes de la filosofía del derecho entendida en un sentido amplio, y de las denominadas ciencias jurídicas, se remontan a dos modelos de disciplinas del siglo XIX[1].

El *primer modelo* está constituido por la *"general jurisprudence"* ("jurisprudencia general"), a menudo denominada "*analytical jurisprudence*" ("jurisprudencia analítica"), y tiene su origen en la cultura jurídica inglesa[2].

---

1 Cfr., por ejemplo, BARBERIS, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, pp. 114 ss., 133 ss., además las pp. 107 ss. en las cuales se atribuye a Bentham "la invención de la *jurisprudence*"; CAPPELLINI, P., *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, pp. 162-181; CATANIA, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, pp. 3 ss.; FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, pp. 30 ss., 183 ss.; FROSINI, V. *Teoria generale del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín: Utet, vol. XIX, 1977, pp. 5-7; GUASTINI, R., *Diritto, filosofia e teoria generale del*, pp. 77 ss.; GUASTINI, R., *Teoria generale del diritto*, pp. 315-321; JORI, M., *Teoria generale del diritto*, pp. 349-355; NEGRI, A., *Teoria generale del diritto*, pp. 398-403, dedicada exclusivamente al modelo alemán y a sus revisiones continentales; PARESCE, E., *Teoria generale e diritto naturale*, pp. 487 ss., 508 ss. Sobre el estado actual de la teoría del derecho, Cfr., por ejemplo: AA.VV., *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, con contribuciones de COMANDUCCI, P., FERRAJOLI, L., GUASTINI, R., JORI, M.; RAZ, J., ALEXY, R., BULYGIN, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*.

2 Los vocablos "*jurisprudence*" y "jurisprudencia" [en italiano: "*giurisprudenza*"] son aquí el calco, en las lenguas inglesa y castellana, respectivamente, del latín "*iuris prudentia*", en el sentido genérico de "*scientia iuris*".

Dado el significado ambiguo que esta expresión tiene en lengua castellana, en lo sucesivo se empleará "jurisprudencia" y sus derivados, para aludir, en términos del todo genéricos, a lo que a menudo se llama ciencia jurídica o estudio "científico" (es decir, según algún método de investigación) del derecho. Este estudio podrá tener carácter teórico general (como en "jurisprudencia expositiva universal", "jurisprudencia general"); carácter doctrinal (como en "jurisprudencia expositiva local", "jurisprudencia particular"); función cognoscitiva (como en "jurisprudencia expositiva", con todo el problema, por supuesto, si la llamada "ciencia jurídica" o "doctrina jurídica" sea genuinamente cognoscitiva); o bien función de valoración crítica (como en "jurisprudencia censoria"). La única excepción a este uso lo constituye, quizás, la denominada "jurisprudencia autoritativa", distinción que el lector advertirá con el desarrollo de esta categoría benthamiana (véase el punto 5.2).

El *segundo modelo* está constituido por la *"allgemeine Rechtslehre"* ("teoría general del derecho", "doctrina general del derecho"), y tiene su origen en la cultura jurídica alemana.

Entre el modelo inglés y el modelo alemán de filosofía del derecho, considerados en su perspectiva diacrónica, se advierten singulares intersecciones.

En primer lugar, el modelo inglés, en la configuración ofrecida por su fundador putativo, John Austin, combina la ideología reformista favorable a la codificación del Derecho, la epistemología empirista y el método analítico de Jeremy Bentham con objetos y finalidades (definitorias, clasificatorias y sistemáticas) usuales de la "parte general" de la pandectística alemana —la dogmática romanista que Austin había estudiado "*on the spot*" (la expresión es de su esposa, Sarah Taylor Austin), en sus estudios realizados en Heidelberg y en Bonn, en los años 1827-1828, y por la cual había madurado una profunda admiración[3]—.

En segundo lugar, en la segunda mitad del siglo XIX, la propia "parte general" de la pandectística constituyó el punto de partida para la elaboración del modelo alemán de filosofía del derecho positivo, dentro de la disciplina académica y del género literario de la denominada enciclopedia jurídica[4].

En tercer lugar, en la configuración defendida por Hans Kelsen (y por muchos otros que siguieron sus pasos) en el curso del siglo XX, el modelo alemán —de una filosofía del derecho entendida como una reflexión abstracta y "general" sobre el derecho— asume las connotaciones epistemológicas[5] y metodológicas[6] del modelo inglés, al punto que el propio Kelsen, en un

---

3 "Por derecho de las pandectas —escribe B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I ed., 1886, citado por la traducción italiana, *Diritto delle Pandette*, p. 1— se entiende el derecho privado común alemán de origen romano", fundado sobre el *Digesto* de Justiniano y sobre la tradición de elaboración doctrinal desde los Glosadores en adelante.

4 Cfr., por ejemplo, MERKEL, A., *Juristische Enzyklopädie*; BRUGI, B. *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*; sobre las relaciones entre teoría del derecho y enciclopedia jurídica, Cfr., por ejemplo, CAPPELLINI, P., *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, pp. 329 ss.

5 En particular: el empirismo, la gran división entre "ser" y "deber" y la consiguiente y rigurosa separación entre el conocimiento del derecho y la política del derecho (Cfr. caps. II y V).

6 En particular: el análisis conceptual y la dimensión comparatista de la investigación (Cfr. caps. II y V).

ensayo de 1941, presenta su teoría del derecho —"la doctrina pura del derecho"— como heredera y continuadora de la tradición austiniana[7].

En la segunda postguerra, en Inglaterra y en el continente, la tradición austiniana cobró nueva fuerza por su unión con la filosofía analítica, en las orientaciones del neopositivismo lógico y de la filosofía del lenguaje ordinario oxo-cantabrigense (la denominada "Oxford-Cambridge Philosophy")[8]. De este modo, desde un superficial reconocimiento historiográfico, el modelo de filosofía del derecho positivo que prevalece en la cultura jurídica de la segunda mitad del siglo XX resulta ser el modelo inglés (austiniano), en las reelaboraciones kelseniana y filosófico-analíticas.

Un dato vincula el modelo originario austiniano y aquellos del siglo XX de Kelsen y de los filósofos (neo)analíticos del derecho. Se trata de la adhesión a los valores de la racionalidad, del empirismo, del rigor metodológico, de la precisión terminológica, de la claridad conceptual, de la avaloratividad y, no menos importante, de la honestidad intelectual. De modo que tales modelos se pueden considerar el reflejo de un mismo anhelo: el fruto de una misma utopía de la razón en el derecho. Es menester advertir, sin embargo, que no se trata de la Razón divinizada que habita en un paraíso del cual dispensa títulos y honores a sus adoradores, ni de la razón ("sustancial") capaz de descubrir mundos más allá de la experiencia. Se trata, por el contrario, de una razón prudente y terrenal, amante de las distinciones y del detalle, que antepone la descomposición meticulosa de los problemas y la articulación de las soluciones a las síntesis, especialmente grandiosas, y es, por todos estos aspectos, una razón *analítica*.

En virtud de esto, por consideraciones de afinidad intelectual, si no de estricta historiografía cultural, la filosofía del derecho positivo —en el modelo inglés del siglo XIX y en el modelo kelseniano-analítico del siglo XX— es un producto de la Ilustración. Y en realidad, tras los perfiles de sus escolarcas —Austin, Kelsen, Ross, Hart y, en lo que concierne a la cultura jurídica italiana, Bobbio, Scarpelli y Tarello— se puede distinguir la potente

---

7 KELSEN, H., *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pp. 44-70.

8 Sobre las vicisitudes de la filosofía analítica cfr., por ejemplo, D'AGOSTINI, F., *Che cosa è la filosofia analitica?*, pp. 25 ss.; sobre las relaciones entre la filosofía analítica y la teoría del derecho contemporánea Cfr. VILLA, V., *Storia della filosofia del diritto analitica*, 2003.

sombra de un pensador, infatigable paladín de la razón iluminada: Jeremy Bentham[9]. Por tanto, en el repaso —sea de una forma breve y fragmentaria— de la historia de la filosofía del derecho positivo de orientación analítica, es necesario partir de este genial pensador, precedido por una rápida digresión sobre el pensamiento jurídico de Thomas Hobbes.

3. HOBBES Y EL ESTUDIO DE LAS "LEYES CIVILES EN GENERAL"

En un pasaje del *Leviathan* [1651] —que John Austin, poco menos de dos siglos después, citará como precedente acreditado[10]—, Thomas Hobbes [1588-1679] distingue dos modos radicalmente distintos de conocer el derecho positivo: por un lado, el modo *especializado*, o "particular", propio de los juristas; por el otro, el modo *no especializado*, o "general", propio de cualquier individuo, refutando así la pretensión de los juristas ("*the students of the common laws of England*") de ser los únicos depositarios del (verdadero) saber jurídico.

> "(El) conocimiento de las leyes particulares —escribe Hobbes— corresponde aquellos que profesan el estudio de las leyes de diversos países; pero el conocimiento de la ley civil (*civil laws*) en general [pertenece ndr] a todos los hombres (...) *mi propósito* consiste en mostrar, *no cuál es el derecho en este o aquel lugar, sino qué cosa es el derecho*"[11].

---

9 Cfr., por ejemplo, CATTANEO, M. A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, pp. 123 ss.; HART, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*; RAZ, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*; POSTEMA, G.J., *The Expositor, the Censor, and the Common Law*; SCHOFIELD, P., *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*; MORESO, J.J., *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 37 ss.; TWINING, W., *General and Particular Jurisprudence — Three Chapters in a Story*, en S. Guest (ed.), *Positivism Today*, pp. 120 ss. G. Tousseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on* Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence.

10 AUSTIN, J., *Outline of the Course of Lectures*, en Id., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, p. 32.

11 HOBBES, T., *Leviathan*, 1651, cap. XXVI, *Of Civil Laws*, en la cita de John AUSTIN; en el texto de la edición de J.C.A. Gaskin (Oxford, Oxford University Press, 1996), como también en la edición de R. Tuck (Cambridge, Cambridge University Press, 1991); por el contrario, "*civil laws* en general", se lee "*civil law* en general" ("*Civil Law* en general"), que equivale a "derecho propio de una *comunidad*

En la ejecución de este objetivo, en el curso de pocas y densas páginas, Hobbes ofrece al lector el prototipo de una teoría general del derecho positivo, entre cuyos elementos figuran:

1. Una concepción positivista, estatalista y normativista del derecho, entendido como el conjunto de las "*reglas* que el *estado (commonwealth)* (...) —con la palabra, el escrito u otro signo de su voluntad— ha ordenado usar para distinguir lo lícito (*right*) de lo ilícito (*wrong*)"[12].
2. Una concepción imperativista de las normas jurídicas ("*civil laws*") caracterizadas, en particular, como las "órdenes" que el estado ("*persona civitatis*") dirige a quienes estén previamente obligados a obedecerlas[13].
3. La idea según la cual cada estado produce las reglas jurídicas por medio de un "representante", que Hobbes identifica con el "soberano" (el monarca, o bien, la asamblea soberana, en los estados aristocráticos o democráticos), quien es el titular exclusivo de la función legislativa.
4. Una concepción voluntarista de las fuentes del derecho, que Hobbes considera aplicable no solo al "derecho escrito" (legislación) sino, además, al derecho "no escrito" jurisprudencial y consuetudinario[14].
5. Una concepción desencantada —"realista" *avant la lettre*— de la interpretación jurídica, según la cual:
   a) Todas las "leyes", para hacerlas valer ("to make them obligatory"), necesitan ser interpretadas.
   b) Sin embargo, la interpretación se presta a errores y abusos, facilitados por la formulación, o bien demasiado concisa o bien prolija, de

---

política en general" —"civil" siendo, de hecho, una forma adjetivada derivada del latín *civitas*, que a su vez se corresponde con el inglés *commonwealth*—.

12 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 175; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edición de T. Ascarelli, p. 74: "It is not wisdom, but authority that makes a law".

13 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 175: "And first it is manifest, that law in general is not counsel, but command; nor a command of any man to any man; but only of him, whose command is addressed to one formerly obliged to obey him"; también las leyes derogatorias son concebidas como imperativas: "a law is not abrogated, but by another law, that forbiddeth it to be put in execution" (p. 176).

14 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 177: "When long use obtaineth the authority of a law, it is not the length of time that maketh the authority, but the will of the sovereign signified by his silence".

las leyes, con la consecuencia que "por la habilidad del intérprete es posible atribuir a la ley un sentido contrario a aquél del soberano, de modo que, obrando así, el intérprete llega a ser legislador"15.

c) Para remediar tales inconvenientes es necesario adoptar algunas medidas normativas:
   - En primer lugar, se debe atribuir valor de "interpretación auténtica" —esto es, de una interpretación que establece de modo vinculante cuál es la (verdadera) "intención" del legislador o el (verdadero) "significado" querido por él— solo a las interpretaciones formuladas por sujetos autorizados por el soberano, en particular, a las interpretaciones judiciales.
   - En segundo lugar, la relevancia jurídica de las interpretaciones auténticas formuladas por los jueces al decidir una controversia debe ser circunscrita a la decisión singular[16].
   - En tercer y último lugar, al interpretar las leyes los jueces deben presumir que "la intención del legislador" es "la equidad"; deben, por tanto, superar eventuales dudas hermenéuticas recurriendo al derecho natural y, si la duda permanece, deben suspender el juicio hasta que no sean investidos de un poder de decisión más amplio[17].

4. BENTHAM Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Históricamente, la influencia de Bentham [1748-1832] en el nacimiento de la filosofía del derecho positivo, como disciplina caracterizada por un cierto objeto —el derecho positivo "en general", en el sentido que veremos mejor dentro de poco— y por un cierto método de investigación

---

15 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 186; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edición de T. Ascarelli, pp. 76, 88 ss.

16 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 186: "their sentences are to be taken by them that plead, for laws in that particular case; but not to bind other judges, in like cases to give like judgments. For a judge may err in the interpretation even of written laws; but no error of a subordinate judge, can change the law, which is the general sentence of the sovereign".

17 HOBBES, T., *Leviathan*, p. 186.

—el método "analítico"—, fue indirecta; se ejerció a través del actuar de sus seguidores y, en particular, del ya mencionado John Austin.

Los escritos de Bentham sobre el tema constituyen, sin embargo, un punto de partida imprescindible para quien quiera dar cuenta, aunque sea superficialmente, de los orígenes de la filosofía del derecho positivo en la cultura inglesa y en la cultura occidental en general. Se trata, como veremos de inmediato, de orígenes para nada casuales sino ligados a una consciente y precisa operación de política cultural, entendida a su vez como un presagio de ulteriores operaciones de política del derecho, de corte radicalmente reformista.

Es posible remontar el interés de Bentham por el derecho —y, sobre todo, por el modo de estudiarlo y de exponerlo— a los años en los que, siendo un joven estudiante de la Universidad de Oxford, consiguió asistir a las lecciones sobre el derecho inglés impartidas por William Blackstone [1723-1780] y de leer su obra celebérrima: los *Commentaries on the Laws of England* [I ed., 1765-1769][18].

Tales experiencias hicieron madurar en Bentham algunas ideas, que lo habrían acompañado por toda su larga vida de infatigable "legislador del mundo".

En primer lugar, la idea de que el derecho inglés fuese del todo inadecuado para servir a los intereses del pueblo inglés, asegurando la "más grande felicidad para el más grande número, que es la medida de lo justo y de lo injusto"[19], siendo, por el contrario, un complejo mecanismo bastante eficiente para tutelar los intereses —nocivos para la colectividad— de grupos particulares de individuos, entre ellos, ante todo, los operadores del derecho (abogados y jueces) y sus adinerados clientes[20].

En segundo lugar, la idea de que el partidismo y el dañino carácter social del derecho inglés estuviesen ocultos bajo una espesa cubierta de ritos y falsas creencias.

---

18 J.H. BURNS, H.L.A. Hart, *Introduction*, pp. xix-xxi.

19 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, p. 3.

20 Sobre el tema, en relación con las ideas expresadas por Bentham en la más tardía *Rationale of Judicial Evidence*, Cfr. STEPHEN, L., *The English Utilitarians. I. Jeremy Bentham*, pp. 278 ss.

En tercer lugar, la idea de que el estudio del derecho inglés, cuyo ejemplo más sofisticado e ilustre estaba representado por los volúmenes de Blackstone, fuese del todo inadecuado para sacar a la luz la verdadera realidad y contribuyese, por el contrario, a disimularla:

> "Si existe algún propósito por el que un libro de Instituciones resulta preferible a otro, este consiste —escribe Bentham[21]— en *remover aquel velo de misterio que la ficción y la formalidad han desplegado de modo casi extendido sobre el derecho*. Nuestro Autor [es decir, Blackstone, ndr] considera, sin embargo, hacer su parte adornándolo y engalanándolo. El derecho se nos presenta bajo una máscara. En lugar de removerla, nuestro Autor la ha cubierto con una capa de barniz". (Cursivas agregadas).

En cuarto lugar, la idea de que el estudio doctrinal del derecho positivo según el método de Blackstone fuese, pues, un obstáculo para aquella exacta comprensión de los hechos que, en opinión de Bentham, debía preceder toda reforma consciente y racional del derecho para servir, finalmente, al interés general.

En quinto lugar, la idea de que era necesario desmitificar el derecho inglés y que, para tal fin, fuese necesario adoptar instrumentos idóneos para asegurar una exposición verídica del mismo conducida no ya, como estaban acostumbrados a hacer los juristas, según una terminología y una sistemática "técnicas", es decir, oscuras y arbitrarias, sino según un método "natural" que tuviese en cuenta dos datos indiscutibles para Bentham: que las normas jurídicas tienen por objeto "acciones" humanas o "formas de conducta", de comisión u omisión; y, que las acciones humanas tienden a la utilidad general o a su contrario, siendo en tal caso dañinas[22].

En sexto, y último, *lugar*, la idea de que el mapa del saber jurídico debía ser repensado, introduciendo disciplinas estatutariamente dedicadas a la exposición desencantada y a la reforma más adecuada del derecho positivo: del derecho inglés y de todo otro derecho igualmente defectuoso.

En los tres parágrafos siguientes, destacaré algunos aspectos centrales de la operación de política cultural emprendida por Bentham dando cuenta, ante todo, del mapa benthamiano del saber jurídico (§5); analizando, luego,

---

21 BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries*, p. 124.

22 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 25 ss.

dos ejercicios benthamianos de desmitificación jurídica (§ 6); redactando, finalmente, un inventario, sin pretensión de completitud, de los principales instrumentos del método "analítico" benthamiano (§7).

5. EL MAPA BENTHAMIANO DEL SABER JURÍDICO

En el capítulo XVII de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (obra finalizada en 1780, pero publicada recién en 1789), Bentham diseña un mapa —como veremos, muy innovador— del saber jurídico, como resultado de un examen de las diferentes cosas que se pueden hacer, haciendo "jurisprudencia" (*jurisprudence*).

Tres de las múltiples distinciones benthamianas se revelan particularmente relevantes con el fin de encontrar los orígenes de la filosofía (analítica) del derecho positivo:

1. La distinción entre "jurisprudencia expositiva" y "jurisprudencia censoria";
2. La distinción, en el ámbito de la jurisprudencia expositiva, entre "jurisprudencia autoritativa" y "jurisprudencia no-autoritativa";
3. La distinción, finalmente, en el ámbito de la jurisprudencia expositiva no-autoritativa, entre "jurisprudencia local" y "jurisprudencia universal".

5.1. Jurisprudencia expositiva, jurisprudencia censoria

La primera distinción —la distinción entre *expository jurisprudence* ("jurisprudencia expositiva") y *censorial jurisprudence* ("jurisprudencia censoria", "jurisprudencia crítica") o "*the art of legislation*" ("arte de la legislación")— es trazada por Bentham en los siguientes términos:

> "La jurisprudencia (*jurisprudence*) es una *entidad ficticia*, y no puede encontrarse algún significado para dicha palabra excepto acompañándola de alguna otra palabra que designe una *entidad real*. Por ejemplo, para comprender el significado de 'jurisprudencia' debemos conocer el significado de la expresión 'un libro de jurisprudencia'. Un libro de jurisprudencia solo puede tener uno u otro de los siguientes objetivos (*objects*): 1. Afirmar (*to ascertain*) qué cosa es el derecho; 2. Afirmar *qué cosa debería serlo*. En el primer caso, se le puede denominar un libro de jurisprudencia *expositiva*; en el segundo caso, se le puede denominar un libro de jurisprudencia *censoria*; en otras palabras, un libro sobre el *arte de la legislación*": esta última,

en particular, "enseña el modo en el cual una multitud de hombres, que componen una comunidad, puede ser ordenada para perseguir el curso de acciones que sea, en conjunto, el más idóneo para conducir a la felicidad de la comunidad entera"[23].

Desde la perspectiva del contenido, este pasaje benthamiano enuncia la distinción —que Bentham considera de capital importancia, pero estaba habitualmente ignorada por los cultores del derecho, natural o positivo, de su tiempo— entre el *ser* y el *deber ser* del derecho. Con ella se corresponde la distinción, a la que me referiré dentro de poco, entre, por una parte, la función del "Expositor" (*Expositor*), quien se ocupa del derecho que es o que ha sido y, por otra, la función del "Censor" (*Censor*) quien se ocupa, por el contrario, del derecho como debe o debería ser, para estar conforme "al criterio de lo justo y de lo injusto", o de lo moralmente lícito e ilícito[24].

El pasaje recién citado es, sin embargo, significativo también desde el punto de vista del *método analítico* que caracteriza la teoría del derecho de Bentham (del que, como he anticipado, daré cuenta brevemente en el §7). En efecto, se inicia con una afirmación —"La jurisprudencia (*jurisprudence*) es una *entidad ficticia*"— que reenvía a la denominada teoría benthamiana de las ficciones —como veremos, un particular agregado de tesis ontológicas, semánticas y epistemológicas que contiene, además, una ejemplificación evidente del "método de la paráfrasis".

5.2. Jurisprudencia autoritativa, jurisprudencia no-autoritativa

La segunda distinción relevante, a fin de reconstruir el mapa benthamiano del saber jurídico es, como he indicado, la distinción en el ámbito del género "expositivo", entre la jurisprudencia "autoritativa" ("*authoritative*") y la jurisprudencia "no-autoritativa" ("*unauthoritative*").

Se trata, en particular, de la diferencia entre la redacción de un código, o de otro documento normativo, por parte de una autoridad investida del poder de producir derecho, por un lado, y, por ejemplo, la redacción de un

---

23 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 293-294.

24 Cfr. BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 7 ss., 111.

manual jurídico, dirigido a ilustrar el derecho vigente en uno o más países, por el otro:

> "Un libro de jurisprudencia expositiva —escribe Bentham— es *autoritativo* o *no-autoritativo*. Se denomina *autoritativo* cuando es escrito por quien, al representar el estado de derecho en un cierto modo, *hace que el derecho sea así* ("*causeth it to be so*"), es decir, por el legislador mismo, y *no-autoritativo* cuando es obra de *cualquier otra persona*"[25]. (Cursivas agregadas).

También este pasaje, como el precedente, ilustra un aspecto del método analítico benthamiano.

Aquí Bentham traza la distinción entre las dos "jurisprudencias" sobre la base, bien vistas las cosas, de la distinta (diríamos hoy) *función lingüística* de los discursos de los que éstas representan su resultado.

En los términos de la teoría de los actos lingüísticos (de los actos que se realizan cuando se usa un lenguaje natural), se trataría, en particular, de una función *constitutiva* (productiva, creativa) en el caso del discurso del legislador; se trataría, en cambio, de una función puramente *de constatación* (afirmativa, descriptiva, representativa) en el caso del discurso de cualquier otra persona no investida de poderes nomotéticos[26].

5.3. Jurisprudencia local, jurisprudencia universal

La tercera distinción relevante al reconstruir el mapa benthamiano del saber jurídico es, finalmente, como he señalado antes, la distinción, en el interior de la *jurisprudencia expositiva no-autoritativa*, entre "local jurisprudence" ("jurisprudencia local") y "universal jurisprudence" ("jurisprudencia universal"). Entre el estudio y la exposición del específico contenido normativo de las normas jurídicas ("leyes", "*laws*") vigentes en una nación determinada, por una parte, y el estudio —que Bentham configura como

---

[25] BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 294.

[26] Por ejemplo, formulando la norma según la cual "Está prohibido fumar" en un documento legislativo debidamente formado, el legislador *produce* tal norma: agrega al derecho positivo un elemento ulterior, que antes no formaba parte de él. Por el contrario, el jurista que afirma en un manual que, en un cierto ordenamiento, está vigente la norma según la cual está prohibido fumar, no produce dicha norma sino que simplemente da cuenta (bajo ciertas condiciones que aquí no es necesario especificar) del derecho existente que otros han producido.

necesariamente terminológico— de los conceptos o nociones comunes a cualquier conjunto de leyes positivas, por otra:

> "lo que ha sido dicho a propósito de las leyes [...] puede referirse o a las leyes de esta o aquella nación en particular, o a las leyes de todas las naciones cuales sean; en el primer caso, el libro puede ser considerado de *jurisprudencia local*; en el segundo caso, es un libro de *jurisprudencia universal* [...] entre las palabras que son apropiadas en el campo del derecho, existen algunas que en todos los lenguajes se corresponden casi exactamente las unas con las otras [...] Son de este tipo, por ejemplo, las palabras que se corresponden con las palabras *poder, derecho subjetivo* (*right*), *deber, libertad*, y muchas otras [entre ellas, sobre todo, "*law*", en el sentido genérico de "ley" o "norma jurídica", ndr] [...] Para ser susceptible de una aplicación *universal*, todo de lo que puede ocuparse un libro del *género expositivo*, consiste en el significado de palabras: *para ser, estrictamente hablando, universal* este *debe limitarse a la terminología*"[27]. (Cursivas agregadas).

Las tareas del Expositor no-autoritativo *local*, según Bentham, consisten, por el contrario, en recorrer la *historia* del derecho ("representar el derecho en la condición en la cual ha estado, en los periodos pasados de su existencia"), y además en proveer un resumen —lo que Bentham llama "*simple demonstration*"— del derecho actualmente existente.

La descripción de un determinado derecho positivo vigente constituye, en particular, el resultado de tres operaciones distintas, que Bentham identifica a partir de los estudios de los científicos naturalistas que han revolucionado "el mundo de la botánica"[28].

La *primera operación*, que Bentham denomina "narración", consiste en exponer el derecho que se supone es "explícito, claro y establecido".

La *segunda operación*, que Bentham denomina "conjetura" o "interpretación", consiste en dar cuenta del derecho positivo investigado, ahí donde este resulte "oscuro, silente o inestable".

La *tercera operación*, que Bentham denomina "sistematización" u "ordenamiento" ("*arrangement*"), consiste, finalmente, en distribuir los materiales

---

27 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 294-295.

28 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 418-419, texto y nota d1. Cfr. DINWIDDY, J., *Bentham*, pp. 12-13.

jurídicos investigados en diversas "masas" homogéneas, en determinar el "orden" en el cual el contenido normativo de tales masas debe ser expuesto, y en atribuir a estas últimas las oportunas denominaciones —haciendo todo esto, como decía antes, no ya sobre la base de cualquier sistemática o de cualquier terminología "técnicas" (vale decir, en el léxico de Bentham, abstrusas e incomprensibles a los profanos), sino tomando en cuenta la "naturaleza" de las acciones reguladas y de las normas que se refieren a ellas[29]—.

Esta última operación, realizada con el auxilio de conceptos universales —en tanto que construidos sobre la base de la (presunta) naturaleza de las acciones y de las normas—, aparece claramente tributaria de las indagaciones de *universal jurisprudence*, y es funcional a la valoración de un particular derecho positivo, a la luz del principio de utilidad, a cargo del Censor.

5.4. Un mapa innovador

Para comprender el alcance innovador del mapa benthamiano del saber jurídico basta unas rápidas confrontaciones: por un lado, con la concepción de la "*jurisprudence*" sostenida, una generación precedente, por Adam Smith [1723-1790], el célebre filosofo moral y economista escocés; por el otro, con el mapa del saber jurídico referido por Immanuel Kant [1724-1804] en un parágrafo introductorio de *La Metafísica de las Costumbres* [1797].

Bentham v. Smith

En sus *lectures on Jurisprudence*, impartidas en la Universidad de Glasgow entre 1762 y 1764, Adam Smith adopta una noción de *Jurisprudence* —o "Juris prudence"— que constituye, aparentemente, el producto de la reelaboración en clave iusnaturalista de la originaria y genérica definición romanista de "iurisprudentia", como *humanarum et divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.* En efecto, según Smith:

> "La jurisprudencia es *la teoría de las reglas* mediante las cuales los estados (*civil governments*) *deben* ser regidos. Esta busca destacar *el fundamento* de los diversos sistemas de gobierno en los diferentes países y evidenciar hasta qué punto están *fundados sobre la razón*"[30]. (Cursivas agregadas).

---

29 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 24-25.

30 SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, p. 5.

Igualmente, en un pasaje de algún año sucesivo, Smith escribe:

> "(La) jurisprudencia es la ciencia que indaga los principios generales que *deben* constituir *los fundamentos de las leyes de todas las naciones*. Grocio parece haber sido el primero que buscó dar al mundo algo similar a un sistema ordenado (*regular system*) de jurisprudencia natural (...) Los cuatro principales objetos del derecho son la justicia (*Justice*), el orden público (*Police*), los ingresos (*Revenue*) y las fuerzas armadas (*Arms*)"[31]. (Cursivas agregadas).

Por tanto, lo que Smith denomina "*jurisprudence*" —o también "*juris prudence*", o "*natural jurisprudence*"— corresponde grosso modo a la *censorial jurisprudence* de Bentham. Y es —al menos en la perspectiva del no cognoscitivismo ético— una disciplina puramente *normativa*, que no tiene como objeto las normas del derecho positivo consideradas en sí mismas, sino que indaga, como el propio Smith tiene cuidado de declarar, cuáles *deban* ser los principios inspiradores de las leyes de las naciones, reconociéndoles, de modo ilustrado, como preceptos identificables con base en la razón[32].

---

31 SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, Report dated 1766, pp. 397, 398. Cfr. también MILL, JAMES., *Jurisprudence*, pp. 45-46: "The object and end of the science which is distinguished by the name of *Jurisprudence*, is the *protection of rights* [...] That rights have hitherto been very ill protected, even in the most enlightened countries, is a matter of universal acknowledgment and complaint. That men are susceptible of happiness, only in proportion as rights are protected, is a proposition, which, taken generally, it is unnecessary to prove. The importance of the inquiry, therefore, is evident".

32 "No cognitivismo ético" es una de las denominaciones corrientes, aunque imprecisa, de la idea según la cual no hay normas y valores últimos "objetivos", que se trate simplemente de "descubrir", sino que los criterios fundamentales de las acciones humanas reposan necesariamente sobre elecciones subjetivas de los individuos, e implican la asunción, propiamente, de responsabilidad moral. "Sin duda —escribe, por ejemplo Max WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, 1918, citado por la traducción italiana, *La scienza come professione*, p. 37— la solución que aquí he proyectado reposa sobre este fundamental dato empírico: que la vida, en cuanto debe fundarse sobre sí misma y ser comprendida en sí misma, conoce solamente el recíproco y eterno conflicto de las divinidades, es decir, fuera de metáfora, la imposibilidad de conciliar y resolver el antagonismo entre las posiciones últimas en general respecto de la vida, vale decir, la necesidad de *decidir* por una o por otra". Cfr. además, para otras dos nítidas ilustraciones, entre las innumerables, del "no cognitivismo ético": CARNAP, R., *Philosophy and Logical Syntax*, 1935, citado por la traducción italiana, *Filosofia e sintassi logica*, pp. 41-43; BLACKBURN, S., *Think. A Compelling*

Bentham v. Kant

Sostiene Kant que:

"el *jurisconsulto* (...) puede, ciertamente, conocer y afirmar qué cosa pertenece al derecho (*quid sit iuris*), es decir, aquello que prescriben o han prescrito las leyes en un cierto lugar y en un cierto tiempo; pero si aquello que estas leyes prescriben es, además, *justo*, y el *criterio universal* por medio del cual se puede reconocer en general lo que es justo y lo que es injusto (*iustum et iniustum*) permanecerán ocultos para él si no abandona por un momento aquellos principios empíricos y (...) no busca los orígenes de aquellos juicios en la razón pura como único fundamento de toda legislación positiva posible"[33]. (Cursivas agregadas).

El pasaje apenas citado contiene una evidente referencia al mapa del saber legal, como se había venido delineando en la cultura jurídica occidental por la influencia de las escuelas jusnaturalistas del siglo XVII[34]. Aquel mapa se articulaba dualistamente:

a) en una "ciencia del derecho" (*iuris prudentia, scientia iuris*) arraigada en la practica legalis, orientada a la solución de casos (*quid iuris?*) y tradicional prerrogativa de los juristas, por una parte;
b) en una "filosofía del derecho", que recorría las más abstractas regiones del espíritu en busca del "criterio universal" de lo justo y de lo injusto, decantándose así en una doctrina de la Justicia, siendo prerrogativa de los filósofos, por la otra.

Pues bien, al mapa dualista tradicional-kantiano, Bentham contrapone un mapa distinto del saber jurídico, más articulado, en el cual, al lado de la "ciencia del derecho" (homóloga de la "jurisprudencia expositiva no-autoritativa local") y de la "filosofía del derecho" (homóloga de la "jurisprudencia censoria" o "arte de la legislación"), se introduce una nueva disciplina: la "jurisprudencia expositiva no-autoritativa universal": es decir, en denominación corriente, la "filosofía del derecho positivo" o "teoría del derecho".

Introduction to Philosophy, pp. 282 ss. Algunas alusiones adicionales sobre el punto pueden leerse en el cap. II, § 2.2.

33 KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, tr. esp. *La metafísica de las costumbres*, p. 38.

34 Cfr., por ejemplo, PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, "Prefacio del autor".

La introducción de la filosofía del derecho positivo (teoría del derecho) no se reduce, sin embargo, a una simple e innovadora redefinición de los confines de las disciplinas jurídicas. Se acompaña, en cambio, de una reflexión sobre el método del conocimiento jurídico, en particular, sobre la teoría del derecho mismo que, como decía y se verá mejor en los dos parágrafos siguientes, es un método *analítico*.

6. DOS EJERCICIOS DE DESMITIFICACIÓN

Bentham consideraba, como fuera señalado, que el derecho inglés se presentaba a sus destinatarios bajo un "velo de misterio", hábilmente tejido por los jueces y por los juristas en el curso de los siglos, para ocultar la verdadera naturaleza y poder así perseverar impunemente en la promoción y en la tutela de sus ("siniestros") intereses privados, contrarios a la utilidad general[35].

Ilustraré a continuación dos ejercicios benthamianos de desmitificación jurídica: el primer ejercicio versa sobre el mito del *common law*, cuyo núcleo está representado por la idea del carácter puramente "declarativo", o "probatorio", de la jurisprudencia del *common law*; el segundo ejercicio versa sobre la noción de deber jurídico.

6.1. Primer ejercicio: el mito del *Common Law*

Bentham advierte cómo, en la cultura jurídica de su tiempo, el *common law* (también "la" *common law*, como se evidencia en las expresiones como "Our Lady the Common Law") —es decir, la parte considerada más importante y cuantitativamente más relevante del derecho positivo inglés— fuese considerado un conjunto de máximas: (1) de origen consuetudinario ("*customs and maxims*"), establecidas desde tiempos inmemoriales; (2) generadas, en cuanto a su contenido, de las fuentes mismas de Justicia ("*working itself pure from the fountains of Justice*", según las palabras de Lord Mansfield); (3) sostenidas por el consenso del pueblo; y (4) completamente

[35] Sobre el tema, Cfr., HART, H.L.A., *The Demitification of Law*, 1973, en Id., *Essays on Bentham*, pp. 21 ss.; además OLIVECRONA, K., *Bentham's "Veil of Mistery"*, 1978, citado por la traducción italiana, *Il "velo di mistero" di Bentham*, pp. 447-461, que identifica en la concepción iusnaturalista de los conceptos jurídicos, representada por Grocio y Pufendorf, el principal objetivo de la crítica benthamiana.

preconstituidas a su aplicación judicial. Se trataría, en suma, en las palabras de Bentham, de un derecho:

> "que no tiene alguna persona conocida como su autor, ningún conjunto conocido de palabras como su sustancia, y forma (...) el cuerpo principal del edificio del derecho: como aquel éter imaginario que, en ausencia de materia sensible, colma la medida del universo"[36].

O, también, en las palabras de Austin:

> "algo milagroso, no creado por alguien, existente (...) desde el inicio de los tiempos, y simplemente *declarado*, en su momento, por los jueces [al decidir las singulares controversias, ndr]"[37].

Este modo de pensar permitía conseguir tres resultados prácticos, no soslayables, y estrechamente vinculados entre sí.

Un *primer resultado* consistía en acreditar la idea de la (diríamos hoy) "autonomía" del *common law* de la política, de la arbitrariedad, de los intereses partidarios; el derecho tenía, de hecho, un dominio propio y un principio vital último propio (la Justicia), más allá de la contienda.

Un *segundo resultado* consistía en acreditar la idea de la virtual inmutabilidad del *common law*; en sugerir, en particular, que la reforma legislativa del *common law*, en consideración a sus orígenes y a su contenido, no fuese

---

36 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 8.

37 AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, p. 655. Sobre la "naturaleza" del *Common law*, Cfr., POSTEMA, G.J., *Philosophy of the Common Law*, pp. 588-622, en el cual Postema defiende la concepción "clásica" del *Common Law*, que se remonta al siglo XVII, contra las críticas de Bentham y de sus seguidores ("his refutation failed"), ya que reflejaría una concepción "convencionalista material" del derecho positivo, teóricamente preferible *sea* a las concepciones iusnaturalistas (que niegan la artificialidad del derecho), *sea* a las concepciones iuspositivistas, incluidas las convencionalistas de Hart y sus seguidores, ya que están signadas de un convencionalismo "formal", que "locates the conventional foundations of law in [...] the criteria practised largely just by law-applying officials by which valid rules of law are distinguished from invalid ones", y no tomarían en cuenta, por el contrario, el hecho de que el derecho "is a special kind of convention [práctica social, ndr], a practiced discipline of practical reasoning", y que "it depends for its existence" de "a substantial degree of congruence in substance, and continuity of modes of practical reasoning, between formal, institutional elements of law and wider social practice" (p. 602). Sobre la crítica de Bentham al *Common Law* Cfr., también, LIEBERMAN, D., *The Province of Legislation Determined*, pp. 219 ss.

algo practicable, o lo fuese solamente en aspectos marginales; y fuese, en todo caso, una operación a ser realizada con la máxima cautela.

Un *tercer resultado* consistía, finalmente, en acreditar la ausencia de cualquier responsabilidad política y moral de la clase judicial, presentada como mera "declaradora" y puntual aplicadora de un derecho preconstituido y cumplido en sí mismo.

Ahora bien, Bentham somete a una crítica radical la concepción consuetudinaria del *common law* y la vinculada *teoría declarativa* de su aplicación judicial.

A la primera idea —la idea de la inmemorable vetustez— Bentham opone la constatación que muchísimos principios del *common law* —entre ellos, por ejemplo, los de materia hereditaria y de transferencia de la propiedad *inter vivos*—, lejos de remontarse a los tiempos del rey Alfredo o de ser "de una antigüedad que supera los confines de la historia y de la memoria", eran, por el contrario, el producto bastante más reciente de actos legislativos bien determinados y de "decisiones judiciales" bien determinadas[38].

A la segunda idea —la idea del carácter *declarativo*, o puramente *probatorio*, de la jurisprudencia en las materias reguladas por el *common law*— Bentham opone la tesis de la *artificialidad* y de la *arbitrariedad* del derecho positivo: de *todo* el derecho positivo y, por ende, también de aquella parte suya constituida, en Inglaterra, por el *common law*. La tesis de la *artificialidad* del derecho sostiene que, bien vistas las cosas, no existe alguna norma de cualquier derecho positivo que no sea el producto de *actos humanos*[39]. Por otra parte, esta tesis no contrasta necesariamente con la idea de la naturaleza consuetudinaria del *common law*. Sin embargo, ayuda en este tema la segunda tesis. La tesis de la *arbitrariedad* del derecho sostiene que todo el derecho positivo es *siempre*, bien visto, *el producto de actos de voluntad distintos*, directamente o indirectamente imputables al "soberano" de "un estado", es decir, "a la persona o al conjunto de personas a cuya voluntad se supone que una entera comunidad política está en la disposición de prestar obediencia, y esto con preferencia de la voluntad de alguna otra persona"[40].

---

38 BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries*, pp. 165 ss.

39 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, caps. I, II y XV.

40 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 18; sobre el tema, Cfr., también § 13.

A la luz de esto, y no obstante las apariencias en contrario, también el *common law* tendría un carácter arbitrario, por lo cual Bentham acuñó la denominación, devenida de uso corriente, de "derecho judicial" o "derecho-hecho-por-los-jueces" (*judge-made law*). En efecto, las normas ("*laws*") del *common law* no serían:

> "otra cosa que otros tantos actos u órdenes *autocráticos* [de los jueces, ndr], cuyos mandatos, en virtud de la más extendida interpretación que los ciudadanos están dispuestos a atribuirles, tienen efectos asimilables a aquellos de las leyes generales"[41].

Esta conclusión, que Bentham considera absolutamente sustentada en la experiencia, vale tanto en el caso en el cual el *common law* esté verdaderamente fundado sobre costumbres preexistentes, como, con mayor razón, cuando se considere que la idea de la naturaleza consuetudinaria del *common law* sea (diríamos hoy) una "ideología" (una falsa representación del mundo con vista a una utilidad práctica), con lo cual se pretende ocultar el hecho de que tal área del derecho inglés es una creación de los jueces.

Acerca del primer punto, después de haber distinguido la acepción ordinaria de "costumbre" de aquella jurídica, Bentham considera que no se puede hablar propiamente de una costumbre *jurídica*, como una cosa distinta de meras regularidades de comportamientos sociales difundidos (o, diríamos hoy, de normas sociales jurídicamente irrelevantes), si no en presencia de actos específicos de "legalización", que conectan una sanción jurídica (*punishment*) con los comportamientos no conformes[42].

---

41 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 152. Para una crítica reciente a la teoría benthamiana de las costumbres y, en general, del "creacionismo jurídico", cfr. M. BARBERIS, *Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico*, pp. 107-118; para una réplica, cfr. P. CHIASSONI, *Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico*, pp. 335-358.

42 BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries*, pp. 180 ss.; "To constitute therefore a custom in the legal sense of the word, to constitute what I would call a custom *obligatory*, or a custom *legalized*, two things are necessary. 1st The Custom *in pays* [es decir, una costumbre social, ndr], the custom itself that has to be legalized. 2dly One act at least of the person or assemblage of persons that are to legalize it (...) in the first place (...) those who are in the habit of punishing persons (...) Judges within that field of jurisdiction within which are the persons whose custom is that which is to be legalized" (p. 183, y cfr. pp. 184-185). Para

Acerca del segundo punto, Bentham desarrolla una argumentación compleja, en la cual se puede reconocer cinco pasos fundamentales.

Blackstone sostiene que las decisiones judiciales son "la *prueba* principal y más autorizada que pueda ser dada de la existencia de una costumbre" formando parte del *common law*.

Tales decisiones, sin embargo, *no* comprueban costumbres sociales, sobre la base, diríamos hoy, del registro sistemático de comportamientos y conductas socialmente difundidos (según el modelo, diríamos hoy, del juez-sociólogo); pretenden, por el contrario, dar voz a las normas del *common law* extrayéndolas *directamente*, así como los oráculos de la Pitia pretendían reproducir las palabras de un invisible Apolo (o, más prosaicamente, así como se extrae agua de un pozo).

En virtud de ello, las decisiones judiciales hacen exclusiva referencia a las decisiones judiciales precedentes, compiladas y conservadas en los repertorios, de modo que el razonamiento *normativo* (es decir, el razonamiento dirigido a "encontrar" la norma aplicable) de los jueces del *common law*, lejos de consistir en la verificación de parámetros jurídicos *externos* al derecho judicial y *heterónomos* en relación con él (como serían las costumbres sociales) es, por el contrario, un proceso *autoreferencial*, en el cual los jueces sucesivos dialogan, y discuten, con los jueces precedentes.

Bien vistas las cosas, los jueces sucesivos no están vinculados de un modo absoluto "a preservar y exponer el derecho preexistente" tal como lo encuentran en las decisiones judiciales precedentes. Por el contrario, pueden alejarse de él "allá donde la decisión precedente sea manifiestamente *contraria a la razón*". La "razón", sin embargo, a menos que se crea en las fábulas de los iusnaturalistas, no provee en absoluto un conjunto de parámetros normativos objetivos y unívocos siendo, más bien, el reino de lo opinable, de modo que los jueces serían, viéndolo bien, los destinatarios de una regla que, más allá de las apariencias, sonaría así: "Sigue el precedente, *a menos que* este

---

la posición análoga de HOBBES, *Leviathan*, Cfr. *supra*, §3. Sobre esta tesis de Bentham Cfr., en la literatura más reciente WALDRON, J., *Custom Redeemed by Statute*, pp. 93-114. Sobre la costumbre Cfr., por último, ZORZETTO, S., (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari* (con contribuciones de E. CONTE, P. CHIASSONI, D. CANALE, A. GENTILI, L. BENVENUTI).

sea *contrario*, en el modo más evidente, a lo que te gusta". Esto, y no otra cosa, prescribiría la denominada "*Rule of reason*" invocada por Blackstone.

Cuando un juez decida alejarse de un precedente porque es "manifiestamente absurdo o injusto"—sostiene Blackstone— no debe declarar que el precedente era "mal derecho" sino que "no era derecho en absoluto", que no formaba ni habría nunca podido formar parte de las "costumbres establecidas del reino", habiéndose tratado, por el contrario, de una "decisión errónea". Y opinando así, concluye Bentham:

> "nuestro Autor [es decir, Blackstone] (...) enseña a un juez que está dotado de su propia voluntad, por medio de cuyos sofismas puede ocultar su presunción"[43].

6.2. Segundo ejercicio: la "naturaleza" de las obligaciones jurídicas

> "Poder, derecho subjetivo, prohibición, deber, obligación, carga, inmunidad, exención, privilegio, propiedad, garantía, libertad —todas estas cosas— sostiene Bentham[44] —con muchas otras que podrían ser aquí nombradas— son otras tantas *entidades ficticias* que, según el modo común de hablar, se considera que el derecho [...] crea o elimina. No hay operación cumplida por el derecho que no se considere dirigida a crear o [...] a eliminar estos *productos imaginarios*". (Cursivas agregadas).

Según el modo común de hablar —y de pensar—, las obligaciones jurídicas serían, entonces, una de las peculiares y algo misteriosas *entidades* "creadas" o "destruidas", en su momento, por el derecho, así como un constructor erige o demuele edificios.

Bentham sostiene, sin embargo, que el modo común de hablar refleja un error ontológico fundamental; en efecto, las obligaciones jurídicas no son, de ninguna manera, "entidades reales". Son, más bien, "entidades ficticias", "entidades" que "deben su existencia", su "imposible y, sin embargo, indispensable existencia" al lenguaje "y *solamente* al lenguaje"[45]. De este modo, todo aquello sobre lo que se puede indagar y reflexionar con respecto a las

---

43 BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries*, pp. 194 ss.

44 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 251.

45 BENTHAM, J., *Of Ontology*, 1813-1821; al respecto, tr. fr., *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, pp. 80 ss.

obligaciones jurídicas se reduce, viéndolo bien, al *nombre* "obligación jurídica" y al significado que tal expresión —y las otras equivalentes en la lengua inglesa o en otras lenguas naturales— asume, o puede asumir, en el interior de los discursos jurídicos.

Sobre la base de estas premisas, Bentham considera, además, que si se quiere aclarar el significado de "obligación jurídica" no se puede seguir la vía tradicional representada por el recurso a una definición cualquiera por género y diferencia específica (por ejemplo, "obligación jurídica" es un vínculo espiritual, impuesto por una ley civil). Esta última vía, en efecto, puede ser útilmente recorrida solo cuando se trata de definir el significado de nombres que designan (clases de) *entidades reales*. Para las expresiones que denominamos entidades ficticias, por el contrario, es necesario adoptar un "método expositivo" distinto, método que Bentham denomina "exposición mediante paráfrasis", o "método de la paráfrasis"[46].

De las reglas del método de la paráfrasis daré cuenta en el parágrafo siguiente. Ahora me interesa destacar el modo en el cual Bentham procede a aclarar una noción —la de "obligación jurídica"— que suscita aún hoy perplejidad entre los cultores del derecho, y permanece misteriosa para los profanos[47]. Ahora bien, Bentham considera que para comprender la noción de "obligación jurídica" es, ante todo, oportuno aclarar la noción de "obligación" en general y luego destacar lo que distingue las obligaciones jurídicas de las obligaciones de otra naturaleza: "físicas", "morales" y "religiosas".

Dicho esto, Bentham sostiene que para aclarar la noción genérica de "obligación" es necesario preguntarse cuál es el significado de un enunciado como, por ejemplo:

(E) "Una obligación de hacer *f* pende sobre un hombre"

O, en términos que nos resultan más familiares:

(E′) "Un hombre tiene la obligación de hacer *f*".

---

46 Cfr. BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, p. 108 nota; Id., *Essay on Logic*, ed. Bowring, vol. VIII, p. 246.

47 Cfr., por ejemplo, GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 87 ss.; HACKER, P.M.S., *Sanction Theories of Duty*, pp. 130 ss.; HART, H.L.A., *Legal Duty and Obligation* [1966-1982], en Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, pp. 127 ss.; LAGERSPETZ, E., *Obligations, Sanctions, and Coercion*, pp. 117 ss.

Ahora bien, sostiene Bentham, que afirmar E (o E′) equivale a formular la proposición, empíricamente verdadera o falsa, según la cual:

> "En caso de que un hombre no haga *f*, es probable que sufra una sanción, es decir, un dolor o una pérdida de placer".

Bentham distingue cuatro tipos de sanciones: las sanciones "físicas", las sanciones "políticas" o "jurídicas", las sanciones "morales" o "populares" y, finalmente, las sanciones "religiosas". A cada tipo de sanción le corresponde un distinto tipo de obligación[48]. En particular, un individuo tiene la obligación jurídica de hacer *f* si, en caso de que no haga *f*, sufrirá probablemente una sanción jurídica, es decir, una sanción dispuesta por una norma jurídica e impuesta por un juez. En la perspectiva de Bentham, en particular, pronunciar la (diríamos hoy) proposición normativa según la cual, en un cierto ordenamiento estatal,

> "Ticio tiene la obligación jurídica de no cometer robos".

Equivale a afirmar, simultáneamente, las siguientes cosas:

1. Que el soberano (de aquel estado) ha producido —y no ha derogado— una *norma principal* "imperativa simple", según la cual "ningún hombre debe cometer robo";
2. Que el soberano ha producido —y no ha derogado— una *norma subsidiaria* "sancionadora", según la cual, por ejemplo, "el juez debe condenar a realizar labores socialmente útiles a cualquiera que haya sido juzgado culpable de robo";
3. Que, en caso de que un individuo cualquiera como Ticio viole la norma imperativa simple, existe la probabilidad —o según Hart:

---

48 Cfr., sin embargo, la distinta noción de "obligación jurídica" que Bentham elabora al tratar acerca de las "normas constitucionales *in principem*" (cfr, además, § 12.2.). Un inventario de las diferentes nociones benthamianas de "obligación jurídica", de las cuales la considerada ahora en el texto constituye la noción paradigmática, ha sido trazada por HACKER, P.M.S., *Sanction Theories of Duty*, cit., sobre el cual Cfr. HART, H.L.A., *Legal Duty and Obligation*, pp. 139 ss. Cfr., además, J. BENTHAM, *Of Ontology*, p. 158, donde distingue "five sanctions or sources of pleasure and pain, derived or expected" considerando, aunque sea dubitativamente, más allá de las sanciones físicas, morales (o "populares"), políticas (incluidas las jurídicas), y religiosas, también la "sympathetic sanction or sanction of sympathy".

la "*relevante* probabilidad"[49]— de que sea efectivamente condenado a realizar labores socialmente útiles, por orden de un juez, en aplicación de la norma subsidiaria sancionadora[50].

En la perspectiva de Bentham, se advierte, las proposiciones 1-3 proveen en su conjunto una traducción clara de la oscura proposición normativa inicial ("Ticio tiene la obligación jurídica de no cometer robos"). Ello en tanto dicha traducción destaca claramente las *condiciones de verdad* de la proposición normativa en cuestión, condiciones que están constituidas por un conjunto de *hechos sociales* y, de esta forma, realiza el objetivo desmitificatorio perseguido.

7. EL MÉTODO ANALÍTICO BENTHAMIANO: INSTRUCCIONES PARA ASPIRANTES A DESMITIFICADORES

La renovación del mapa del saber jurídico, centrado sobre los roles, distintos pero concurrentes, del Expositor y del Censor, está ligada al uso de un instrumental —en buena parte forjado por el propio Bentham— que es funcional a la descripción verídica y a la crítica desapasionada del derecho positivo.

Con el fin de ofrecer un (incompleto) inventario del instrumental benthamiano, puede ser útil partir de un examen sumario de los instrumentos de los que, según los registros del propio Bentham, se habrían servido los juristas ingleses para ofrecer una imagen falsa, distorsionada y engañosa ("mistificada") de su derecho.

---

49 HART, H.L.A., *Legal Duty and Obligation*, p. 132.

50 Cfr. BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 108-109.; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 34 ss., 302 ss.; Id., *Of Laws in General*, pp. 53 ss., 133 ss., 253 ss., Id., *Essay on Logic*, ed. Bowring, p. 247. En la perspectiva del positivismo jurídico normativista contemporáneo, el análisis benthamiano de la noción de obligación jurídica representa una clara evidencia de un enfoque "reduccionista": de una teoría que reduce el derecho a un conjunto de hechos sociales y no es capaz de dar cuenta de la "normatividad" del derecho, es decir, del hecho de que el derecho es compuesto por normas, y no por hechos. La solución de Kelsen, como veremos adelante (Cap. V), consiste en recorrer a la idea, de una "norma fundamental" y a una noción de validez como "existencia especifica de las normas", coincidente con su "fuerza vinculante". Sobre el problema de la "normatividad" en el positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XX, comienzo del siglo XXI, volveré en el segundo volumen.

7.1. Cómo mistificar el derecho

Los instrumentos utilizados por los juristas ingleses para este fin serían, en la perspectiva de Bentham, por lo menos cinco.

Un *primer instrumento* de mistificación del derecho consiste en el uso de *formulaciones no imperativas* sino *afirmativas* en la redacción de las leyes —por ejemplo, "Está prohibido fumar", "Está permitido exportar capitales", "El asesinato de un hombre es un delito", etc. Esto, según Bentham, contribuiría a suscitar la engañosa impresión según la cual la actividad del legislador consistiría esencialmente en *informar* de la presencia de normas preexistentes de algún modo, en vez de *producir* nuevas normas, perpetuando así la idea, apreciada por los iusnaturalistas y por el conservadurismo tradicionalista, de un legislador "impotente" o dotado, en todo caso, de poderes nomopoiéticos muy limitados.

Un *segundo instrumento* de mistificación del derecho consiste en el uso frecuente de *expresiones ficticias* —es decir, de expresiones que denominan entidades ficticias, como deberes, derechos, prohibiciones, privilegios, libertades, etc.— *sin poner en evidencia su naturaleza ficticia* y, en consecuencia, sin proveer las explicaciones idóneas para disipar el aura de misterio que típicamente les circundan.

Un *tercer* —pernicioso ("*pestilential*")— *instrumento* de mistificación del derecho consiste en el recurso frecuente a las *ficciones jurídicas*: el portentoso instrumento mediante el cual los jueces califican los hechos de los casos de una manera del todo fantástica desde el punto de vista de la *realidad empírica* (histórica, geográfica, social, etc.), en aras de aplicar las normas del derecho que consideran justas o convenientes (y desaplicar las que consideran injustas o incómodas) al decidir controversias concretas[51].

---

[51] Entre los ejemplos más celebres de recurso a la ficción en sede judicial, se encuentran: (i) la sentencia en la cual, para los fines de la determinación de la propia competencia, una corte londinense "finge que la isla de Menorca fuese parte de la ciudad de Londres"; (ii) las decisiones de los jueces penales ingleses, en las cuales el valor de los bienes hurtados, si bien ingentes, venía invariablemente "verificado" en la medida de veinte chelines, haciendo inaplicable la pena capital prevista por las leyes para los robos de valor superior a tal suma; (iii) la estrategia procesal, conocida como "*bill of Middlesex*" (literalmente: "recurso de Middlesex"), en virtud del cual la corte londinense del King's Bench adquiría la competencia para juzgar cualquier acción personal frente a individuos que, según la —falsa, pero incontestable— alegación

Un *cuarto instrumento* de mistificación consiste en el uso de *expresiones pseudodescriptivas*: expresiones que se presentan como descriptivas pero que, en realidad, están dotadas de un oculto significado valorativo (doscientos años después, el filósofo del lenguaje Charles Leslie Stevenson hablará de "significado emotivo"), en virtud de lo cual sirven para suscitar, subrepticiamente, la aprobación o la desaprobación del auditorio respecto de las cosas que denominan[52].

Un *quinto instrumento* de mistificación del derecho consiste, finalmente, en el recurso, por parte de los abogados y de los jueces, a *pseudotecnicismos* o *expresiones en jerga*, cuyo efecto es volver sus discursos incomprensibles para los profanos, contribuyendo así a circundar su actuar de una aura de ficticia sacralidad[53].

7.2. Cómo desmitificar el derecho

Los instrumentos para desmitificar el derecho (entendido en sentido amplio, incluyendo el pensamiento jurídico) que Bentham considera en sus escritos son de dos tipos: instrumentos para el análisis de los discursos jurídicos e instrumentos para la elaboración de un aparato conceptual claro y moralmente neutro. Bentham los utiliza en relación con algunos enfoques fundamentales.

---

de los actores hubiesen cometido, además, un *trespass to land* en el condado de Middlesex. Sobre las ficciones jurídicas, cfr. por ejemplo, los ensayos recogidos en F. BRUNETTA D'USSEAUX (ed.), *Le finzioni nel diritto*; G. Tuzet, *Finzioni*, pp. 269-284; sobre las ficciones judiciales, P. Chiassoni, *Judicial Fictions*, § 7.4.

52 Bentham destaca, por ejemplo, cómo los juristas ingleses solían recurrir expresiones emotivamente comprometidas como "*the maintenance of law and order*", o "*the maintenance of order*", para designar el fenómeno del "*enforcement of law*" o de la "*obedience to government*".

53 Cfr. HART, H.L.A., *The Demystification of the Law*, 1973, en Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, pp. 21 ss.; sobre las ficciones judiciales, Cfr. CHIASSONI, P., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un* vademecum *giuridico*, pp. 59 ss. Sobre el frecuente recurso a pseudotecnicismos por parte de los juristas italianos contemporáneos, Cfr. MORTARA GARAVELLI, B., *Le parole e la giustizia*.

Enfoques fundamentales

El primer enfoque fundamental de las investigaciones benthamianas sobre el derecho está constituido, con la precisión a la que me referiré, por una *ontología empirista*. Bentham distingue, en honor a la verdad, entre las "entidades reales" y las "entidades ficticias" (que serían instrumentos conceptuales como, por ejemplo, en la zoología: "reino", "clase", "orden", "género", "especie", "variedad"[54]); distingue, además, en el ámbito de las entidades reales, entre las entidades "deducibles", cuya existencia no es perceptible a través de los sentidos sino que es fruto de conjeturas (el alma, los ángeles, los demonios, los fantasmas, etc.), y las entidades "perceptibles" sobre la base del "inmediato testimonio de los sentidos". Considera, sin embargo, que las únicas entidades "reales" de las cuales ocuparse en el ámbito de las investigaciones *científicas* —y, por lo tanto, de las indagaciones útiles y meritorias— están constituidas por las entidades *perceptibles*: *sustancias corpóreas*, *objetos materiales*, *comportamientos*, *impresiones sensoriales* e *ideas*, desvalorizando así a las entidades reales deducibles[55].

Un segundo enfoque fundamental de las investigaciones benthamianas sobre el derecho está constituido por la *tesis empírica de la conexión contingente* (en tanto que posible, que puede ser o que puede no ser) entre derecho y moral, entre el derecho *como es* y el derecho *como debe ser*: los derechos positivos (el derecho italiano, mexicano, alemán...) pueden ser,

---

54 Cfr. BENTHAM, J., *Of Ontology*, p. 120; un catálogo de las "political and quasi-political fictitious entities" es presentado en la p. 158.

55 Cfr. BENTHAM, J., *Of Ontology*, pp. 163 ss., 180: "A real entity is an entity to which, on the occasion and for the purpose of discourse, existence is *really meant to be ascribed*. A *fictitious entity* is an entity to which, *though by the grammatical form of the discourse employed in speaking of it* existence is ascribed, yet in truth and reality existence is not meant to be ascribed. Every noun substantive which is not the name of (a) real entity, perceptible or inferential, is the name of a fictitious entity. Every fictitious entity bears some relation to some real entity: and can no otherwise be understood than in so far as that relation is perceived — a conception of that relation is obtained (...) By the learner as well by the teacher of useful *logic*, all these subjects of *ontology* [es decir, las entidades deducibles, ndr], may, without much detriment (...), either to any other useful *art*, or any other useful Science, be left in the places in which they are found" [cursivas agregadas, ndr]. Sobre los presupuestos ontológicos de la teoría benthamiana del derecho, Cfr. MORESO, J.J., *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 49 ss.

pero no necesariamente son, moralmente correctos (justos, justificados). Para Bentham se trata de una tesis pacífica. Así, por ejemplo, el derecho inglés de su tiempo no es, de hecho, tal como debería ser según el punto de vista de la que, para Bentham es la verdadera moral (la moral utilitarista basada en el "principio de la máxima felicidad para el máximo número"), aunque *puede* ser reformado —en caso se den las oportunas circunstancias culturales, políticas, económicas, etc.—) de modo tal que contenga reglas conformes al principio de utilidad.

Finalmente, un tercer enfoque fundamental en las investigaciones benthamianas sobre el derecho está constituido por la tesis metateórica, y señaladamente epistemológica, de la *neutralidad moral de los conceptos teórico-jurídicos* (o, en términos que ahora son usuales, la tesis de la *separación conceptual entre derecho y moral*). Según esta tesis, una filosofía del derecho positivo, si quiere ser realmente expositiva (descriptiva, explicativa), si de verdad quiere ocuparse exclusivamente del derecho como es, debe dar cuenta de los fenómenos jurídicos a través de un aparato conceptual —a partir del concepto de "derecho (objetivo)"— que sea moralmente neutro, avalorativo, no comprometido con alguna doctrina moral, incluso si fuese la "verdadera" doctrina moral.

Por cierto, la tesis empírica de la conexión contingente entre derecho y moral y la tesis epistemológica de la neutralidad moral de los conceptos teórico-jurídicos pueden ser entendidas como otros tantos modos de leer la enigmática "tesis de la separación" ("no hay alguna conexión necesaria entre derecho y moral"): una de las tesis centrales del positivismo jurídico, en la filosofía iusanalítica del siglo XX, según Herbert Hart y sus seguidores[56].

Instrumentos para el análisis de los discursos jurídicos

Los principales instrumentos benthamianos para el análisis del lenguaje jurídico —instrumentos aún utilizados, y utilizables, por quien quiera desarrollar investigaciones metajurisprudenciales— son cuatro:

---

[56] Cfr. HART, H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 1958, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 49 ss.; Id., *The Concept of Law*, pp. 200 ss.; cfr. P. Chiassoni, *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, pp. 52 ss.

1. La distinción entre la forma gramatical y la forma lógica de los enunciados;
2. La distinción entre términos y expresiones valorativas, y términos y expresiones neutras;
3. La distinción entre términos reales y términos ficticios;
4. La distinción entre discursos en función descriptiva y discursos en función prescriptiva.

1. Un *primer instrumento* de análisis de los discursos jurídicos está constituido por una distinción que, en la filosofía analítica contemporánea, es conocida como la distinción entre la *forma gramatical* y la *forma lógica* de los enunciados.

La *forma gramatical* de un enunciado es su forma visible y accidental: la forma que un emisor de carne y hueso ha dado a un enunciado, al formularlo con la palabra o al escribirlo.

La *forma lógica* de un enunciado es, por el contrario, la forma que por hipótesis corresponde exactamente al (presunto) significado del enunciado —la cual, por tanto, puede incluso *no* coincidir con la forma gramatical que a este último le haya sido dado en un discurso.

Por ejemplo, se ha destacado cómo los enunciados que contienen descripciones definidas tengan habitualmente una forma gramatical que no se corresponde con su forma lógica, generando perplejidad.

"El actual rey de Francia es calvo"

retomando el célebre ejemplo de Bertrand Russell, es un enunciado cuya forma gramatical accidental (del tipo "M es P") no se corresponde en absoluto con su (por hipótesis, correcta) forma lógica. En efecto, esta última, tendría, por el contrario, grosso modo, el siguiente tenor:

"Vive actualmente un individuo que es rey de Francia, y tal individuo es calvo"

o bien, en términos generales:

"Existe un M, y tal M es P".

Como fuera señalado al hablar de los instrumentos para mistificar el derecho, Bentham destaca —y atrae la atención del aspirante a Expositor del derecho sobre— la posible divergencia entre (diríamos hoy) la forma

gramatical y la forma lógica de los *enunciados legislativos* —o, en general, diríamos hoy, de los enunciados que expresan normas jurídicas. En efecto, estos enunciados se presentan, a menudo, con una forma gramatical indicativa o "declarativa" ("Está prohibido exportar trigo", "Quien exporta trigo es sancionado con prisión": "M es P") —apropiada para transmitir significados de tipo asertivo o descriptivo— ahí donde se trata, por el contrario, de enunciados dotados de un significado normativo o directivo, cuya forma lógica o forma gramatical apropiada, sería, en cambio, una forma imperativa ("Nadie exporte trigo": "¡P!"), u otra forma directamente prescriptiva ("Es mi voluntad que M haga P", "Ningún M deberá P", "M debe P", "Ningún M debe P", etc.) [57].

2. Un *segundo instrumento* de análisis de los discursos jurídicos está constituido por la distinción entre, diríamos hoy, *términos y expresiones valorativos* —que transmiten, usualmente de forma encubierta, comentarios positivos o negativos de las cosas a las que se refieren— y *términos y expresiones neutros*, que permiten hablar de las cosas de modos desapasionados e imparciales.

El Expositor debe saber reconocer las expresiones valorativas en caso de ser necesario en los discursos jurídicos (piénsese en términos como "derecho", "ordenamiento jurídico", "poder legítimo", "poder constituido", "democracia", "estado de derecho", "autocracia" e innumerables otros), quitándoles su carga emotiva; en su obra de teórico, debe además servirse exclusivamente de expresiones neutras o, en todo caso, redefinidas de forma tal que no incorporen, expresa o disimuladamente, valoraciones prácticas. Ello por respeto a la tesis epistemológica de la separación conceptual entre derecho y moral.

3. Un *tercer instrumento* de análisis de los discursos está constituido por la distinción, ya señalada, aunque de forma incidental (§6.2.), entre *términos reales*, que denominan o designan entidades reales, y *términos ficticios*, que son los nombres de instrumentos conceptuales indispensables para conocer

---

[57] Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 154, donde distingue entre la formulación de normas jurídicas mediante formas "directamente imperativas" o bien mediante formas "indirectamente imperativas", como la forma "conminativa" (por ejemplo, "Quien exporta trigo será sancionado") y la forma "declarativa", con la cual el legislador "habla como si estuviese en los pies de otra persona", que está dando cuenta de cómo están las cosas, "como consecuencia de las disposiciones del legislador".

(piénsese en los denominados "universales") o para actuar. Es necesario, en particular, que el Expositor sepa identificar aquellos términos, muy frecuentes en los discursos jurídicos que, denominando entidades ficticias, no designan algo (como "obligación", "derecho subjetivo", "exención", "privilegio", etc.), destacando así los eventuales abusos de los mismos, consistentes en tratarlos inconscientemente —o en incitar a terceros a tratarlos inconscientemente— *como si* ellos designasen verdaderamente entidades reales[58].

4. Un *cuarto instrumento* de análisis de los discursos jurídicos, muchas veces evocado en el curso de este inventario, está constituido, finalmente, por la distinción entre (diríamos hoy) *discursos con función descriptiva*, que se corresponden con la obra del Expositor, y *discursos con función prescriptiva*, que se corresponden, por el contrario, con la obra del Censor. Esta distinción toma su relevancia teórica de la idea, conocida en la filosofía contemporánea como "Ley de Hume", según la cual los discursos descriptivos y los prescriptivos son radicalmente heterogéneos y no intertraducibles, de modo que no es posible inferir (derivar lógicamente) conclusiones prescriptivas de premisas que sean todas descriptivas y viceversa.

> "Lo que aumenta aún más la dificultad de aferrar [el significado de las afirmaciones de BLACKSTONE, ndr] —observa Bentham en un pasaje de *A Fragment on Government*[59], su primera obra publicada en 1776— es una práctica que ya hemos destacado más de una vez en él —un tipo de versatilidad, de la cual nada puede ser más vejatorio para un lector que se proponga penetrar en los sentimientos de su Autor—. Él [Blackstone, ndr] inicia llenándose la boca de la palabra "*deber*" y, en calidad de *Censor*, con toda la gravedad requerida por el argumento, comienza a hablarnos de lo que *debe* ser. Pero, he aquí que, en el bello punto medio de su lección, nuestro *Proteo* se escabulle. Asume la calidad del *historiador*, da un giro imperceptible al discurso y, sin advertir este cambio, termina con decirnos

[58] En el pensamiento jurídico del siglo XX, la crítica de las entidades jurídicas ficticias ha constituido uno de los principales aspectos del denominado Realismo escandinavo. Sobre este punto, Cfr., por ejemplo, los pasajes de Axel HÄGERSTRÖM [1868-1939], Vilhelm LUNDSTEDT [1882-1955] y Karl OLIVECRONA [1897-1980] editados en CASTIGNONE, S., *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, en las pp. 53 ss., 71 ss., 118 ss., respectivamente.

[59] BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, p. 498.

lo que *es*. Entre estos dos puntos, el *ser* ("the *is*") y el *deber ser* ("the *ought to be*"), que son frecuentemente considerados como opuestos por otros hombres, el espíritu de respetuoso *quietismo*, connatural a nuestro Autor, le impide lograr ver la, aunque sea mínima, diferencia".

Instrumentos para un aparato conceptual claro y moralmente neutro

Los enfoques fundamentales y los instrumentos de análisis del lenguaje jurídico intervienen no solo en la fase descriptiva y crítica (*pars destruens*) de la actividad del Expositor benthamiano, sino también en aquella constructiva (*pars construens*). En esta última fase, está llamado a elaborar —o a contribuir a la elaboración de— un aparato de *conceptos jurídicos universales* (o casiuniversales), útiles para conocer y para representar el derecho, como este es, en las más diversas experiencias. A los instrumentos antes considerados, por ende, es necesario ahora agregarles otros dos: el "método dicotómico" y el "método de la paráfrasis".

El *método dicotómico* —también denominado "método analítico", "método analítico exhaustivo", o "método de las bifurcaciones"— consiste en dar cuenta del fenómeno indagado mediante la construcción de un aparato de conceptos articulados en clases y subclases recíprocamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas, según el esquema de los diagramas del árbol (denominado "árboles de Porfirio")[60].

El *método de la paráfrasis* —o de la "exposición mediante paráfrasis" — sirve para determinar el significado de los términos ficticios. Es particularmente útil para el Expositor ya que, en la perspectiva de Bentham, los principales términos del lenguaje jurídico son, como se ha visto, prevalentemente términos ficticios.

A continuación, además de dar breve cuenta del método en sí (punto 3), me detendré brevemente sobre dos presupuestos (puntos 1 y 2) y señalaré, finalmente, la crítica benthamiana de la universalidad del método definitorio *per genus et differentiam* (punto 4).

(1) Un *primer presupuesto* del método de la paráfrasis está constituido por una *concepción referencial del significado de las palabras.* En la perspectiva

[60] Sobre el tema Cfr., por ejemplo, STEPHEN, L., *The English Utilitarians*, pp. 245-246; HART, H.L.A., *Introduction*, en Id., *Essays on Bentham*, pp. 2-3.

empirista de Bentham, "tienen significado", propiamente hablando, solo las expresiones en el lenguaje que designen directamente algún objeto de la realidad empírica o, más precisamente, las que "se refieran a objetos que, asumimos, tienen una existencia real"[61]. De ello se sigue que las expresiones ficticias —las cuales, por definición, no designan alguna entidad real o clase de entidades reales— no "tienen" en *este* sentido de "significado" algún significado.

(2) Un *segundo presupuesto* del método de la paráfrasis está constituido por una *concepción parasitaria y reduccionista del significado de los términos ficticios*. Como fuera recién dicho, los términos *ficticios* no tienen *referencia* y, en tal sentido, no tienen *significado*. Para Bentham, sin embargo, esto no quiere decir, de ninguna manera, que se pueda —y se deba— prescindir de ellos. Por el contrario, los términos ficticios recurrentes en los discursos jurídicos —entre los cuales, como se ha visto, "derecho subjetivo", "deber", "obligación", "libertad", "propiedad", "privilegio", etc.)— son indispensables. Es necesario, por tanto, continuar utilizándolos, pero acordando no confundirlos con términos reales y, además, aclarando (explicando) su significado, vinculándolo con hechos sociales y otras entidades reales.

En esta perspectiva, Bentham propone una concepción que podemos decir *parasitaria* y *reduccionista* del significado de los términos ficticios: (a) *parasitaria*, ya que éstos no tienen un significado propio, independiente del significado de los términos reales que están presentes en los enunciados con los cuales se traducen los enunciados que contienen términos ficticios; (b) *reduccionista*, ya que Bentham asume que el significado de los términos ficticios coincide indirectamente pero, por así decirlo, sin más, con el significado referencial de un conjunto cualquiera de términos reales (como se ha visto, por ejemplo, dando cuenta del análisis benthamiano del concepto de "obligación jurídica": § 6.2).

(3) El *método de la paráfrasis* —que Bentham utiliza para "explicar" el significado de los términos ficticios, entre ellos, por ejemplo, "*jurisprudence*" (cfr. §5.1) y "*obligation*", "*legal obligation*", "*legal duty*" (cfr. §6.2)[62]— contempla tres operaciones fundamentales.

---

61 JAMES, M.H., *Introduction*, en Id. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, pp. 4-5.

62 Cfr. BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 496-497; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 34 ss., 302 ss.; Id., *Of Laws in General*,

La *primera operación* —que Bentham denomina "fraseoplerosis" ("*phraseoplerosis*"), literalmente: "complementación de la frase"— consiste en la *contextualización de la expresión ficticia*: es necesario identificar un *enunciado recurrente en los discursos de los componentes de una comunidad lingüística* (que puede coincidir con los hablantes comunes de una lengua natural, o bien, con el subconjunto de los adeptos de una profesión o disciplina), en la cual se presente la expresión ficticia que se pretende definir, y expresar de dicho enunciado un significado que pueda ser considerado verdadero o falso. Ello en virtud de la tesis, en absoluto peregrina, según la cual el significado de las expresiones ficticias es una variable dependiente de los enunciados en los que típicamente se presentan —lo cual es, a su vez, una especificación de la tesis, más general, según la cual los *enunciados*, y no ya las palabras aisladamente tomadas, son las unidades mínimas portadoras de significado[63]—.

La *segunda operación* —que Bentham denomina "paráfrasis" ("*paraphrasis*")— consiste en la *traducción reduccionista* del enunciado en el que aparece la expresión ficticia: en su sustitución con uno o más enunciados, que se asumen conjuntamente equivalentes respecto del enunciado sustituido, y tales de contener únicamente términos reales.

La *tercera operación* —que Bentham denomina "arquetipación" ("*archetypation*")— consiste, finalmente, en "hacer explícito el más o menos confuso conjunto de imágenes asociadas" al uso corriente de las expresiones ficticias. Por ejemplo, en el caso de la palabra "obligación", destacando las imágenes del peso, gravamen, ligazón o vínculo que tal palabra habitualmente evoca en la mente de los profanos[64].

Como fuera dicho, Bentham sostiene que los términos ficticios que se presentan en el discurso jurídico son indispensables; es necesario, sin embargo, liberarlos, con el auxilio del método de la paráfrasis, del velo de

---

pp. 53 ss., 133 ss., 253 ss.; Id., *Essay on Logic*, p. 247; asimismo, HART, H.L.A., *Legal Duty and Obligation*, p. 132.

63 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, p. 108; HART, H.L.A., *Introduction*, en Id., *Essays on Bentham*, p. 10.

64 Cfr. BENTHAM, J., *Essay on Logic*, pp. 246-248; HART, H.L.A., *Legal Duty and Obligation*, pp. 129 ss.

misterio que los envuelve, un velo tejido por el "ingenio de los primeros autores del lenguaje" jurídico:

> "Estas denominaciones fantásticas ["poder", "derecho subjetivo", "prohibición", "deber", "obligación", "carga", "inmunidad", "exención", "privilegio", "propiedad", "libertad", etc., ndr] —escribe Bentham[65]— son como los billetes: sabemos en cada momento cómo cambiarlos y obtener monedas contantes en su lugar; sin embargo, si no estamos en condición de hacerlo, entonces caemos víctimas de un engaño y, en lugar de disponer de mucho conocimiento de la realidad y de lo que de ella queremos (y sabremos) obtener con su ayuda, no poseeremos nada más que sofismas y sinsentidos".

(4) *Límites del método definitorio tradicional por género y diferencia específica.* La distinción entre términos ficticios y términos reales se revela principalmente útil en la elaboración de un aparato de conceptos jurídicos universales, ya que —sostiene Bentham— no existe un método definitorio universal que pueda ser provechosamente usado con respecto de cualquier término. En particular, el Expositor debe ser consciente de que el vetusto método *per genus et differentiam* (por género y por diferencia), lejos de gozar de una aplicabilidad ilimitada, puede ser usado útilmente solo para definir el significado de los términos reales. No funciona, en cambio, para definir los términos ficticios, ya que estos últimos no designan directamente los objetos del mundo de la experiencia, subsumibles en conceptos de género, a su vez, *no ficticios* y *claros*:

> *"Definir* o, hablando en términos más generales, *explicar el significado* de una palabra quiere decir resolver la idea asociada a la palabra en ideas simples o, al menos, cumplir algún paso en tal dirección (...)
> El método común definitorio —el método que los cultores de la lógica llaman *per genus et differentiam*— en muchos casos no servirá para nada al objetivo. Entre los términos abstractos, encontraremos rápidamente algunos que no tienen un *género superior*. Una definición *per genus et differentiam*, aplicada a tales términos, no produce claramente algún progreso; en efecto, llegará, necesariamente, a un punto muerto, o bien se replegará, por así decirlo, sobre sí misma, de modo circular o repetitivo.

[65] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 251.

'La fortaleza es una virtud' —'Buenísimo ¿pero qué cosa es una virtud?'— 'Una virtud es una disposición' —'Bien ¿pero qué cosa es una *disposición*?'— 'Una *disposición* es un...' y aquí nos detenemos. El hecho es que una *disposición* no tiene un *género superior*: una *disposición* no es un..., de algún tipo; no es éste el modo de proveer alguna noción de lo que se pretende con la palabra 'disposición'. Más aún: 'Un *poder* es un *derecho*', Pero ¿Qué cosa es un *derecho*? Es un *poder*"[66].

Hasta aquí me he detenido en los componentes *metateóricos* y *metafilosóficos* —metadisciplinarios, epistemológicos, metodológicos— de la filosofía del derecho positivo de Bentham. En los parágrafos siguientes daré cuenta, en cambio, aunque sucintamente, de su teoría del derecho positivo.

8. VARIEDADES DE IMPERATIVISMOS

En términos enteramente genéricos, el *imperativismo* es el enfoque según el cual el derecho —cualquier derecho positivo— es *esencialmente* un conjunto de órdenes o imperativos; es esencialmente hecho de normas, reglas o leyes que ordenan o prohíben comportamientos[67].

Un examen rápido de la literatura teórica-jurídica sugiere que sería incauto considerar que hay *una* concepción imperativista, unánimemente aceptada y compartida por los filósofos del derecho positivo.

En la cultura jurídica del siglo XIX, por ejemplo, se resaltan por lo menos dos concepciones imperativistas del derecho distintas, imputables, respectivamente, a John Austin (cuya concepción presenta, a su vez, notables afinidades con la sostenida, por ejemplo, por Rudolf von Ihering en *El Fin del Derecho*) y a August Thon.

Con esta afirmación, me alejo de las reconstrucciones que presentan a Austin y a Thon como autores de un mismo tipo de imperativismo. Escribe, por ejemplo, Norberto Bobbio[68]:

---

66 BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 496-497. Para una sucinta exposición crítica del método de la paráfrasis Cfr. ENDICOTT, T., *Law and Language*, pp. 941-942.

67 Cfr., por ejemplo, LEVI, A., *L'opera scientifica di August Thon*, en THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. XXVIII.

68 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 230-231.

"(En) la doctrina del imperativismo jurídico ha habido una evolución en la cual se pueden distinguir dos fases, calificables respectivamente como *imperativismo ingenuo* e *imperativismo crítico*.

(1) El *imperativismo ingenuo* (que va desde Hobbes a Austin, y al cual pertenece el propio Thon) considera al derecho como un *conjunto de órdenes dirigidas por el soberano a los ciudadanos, sin analizar ulteriormente la estructura del imperativo jurídico*.
(2) El *imperativismo crítico* (que tiene uno de sus mayores exponentes en Kelsen) precisa los rasgos del imperativismo bajo dos aspectos:
a) La norma jurídica es un *imperativo hipotético*;
b) La norma jurídica es un imperativo *que se dirige* no a los ciudadanos, sino *a los jueces*". (Cursivas agregadas).

Respecto de este modo de ver, las reconstrucciones ofrecidas en los capítulos II y III pretenden destacar algunos aspectos de las teorías de Austin y de Thon en virtud de las cuales —no obstante, se trata obviamente de *"just another view"*— esas aparecen, a un mismo tiempo, menos ingenuas respecto del imperativismo crítico (veremos, en efecto, cómo Austin y Thon han realizado un análisis, aunque embrionario, de la "estructura del imperativo jurídico") y no homogéneas entre sí.

Dicho esto, a modo de introducción a la teoría del derecho de Bentham, parece oportuno fijar algunos puntos:

1. El imperativismo —como resulta del pasaje de Bobbio apenas citado— no es una invención de Bentham ni de los juristas del siglo XIX[69]. Por el contrario, se trata de una idea antiquísima, profundamente enraizada en la cultura jurídica occidental: "El rasgo esencial de la ley es este: ordenar, prohibir, permitir, sancionar" ("*Legis virtus est haec imperare vetare permittere punire*": *Digesto* 1, 3, 7); "Se opone que es propio de la ley prescribir y prohibir. Pero ordenar es propio de la razón [...] entonces, la ley es algo que pertenece a la razón" "*Sed contra est quod ad legem pertinet praecipere et prohibere. Sed imperare est rationis* (...) *Ergo lex est aliquid rationis*" (Tomás De Aquino, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 90, art. 1).

2. En la edad moderna, la idea de que el derecho está constituido esencialmente por normas imperativas (normas que ordenan o prohíben

69 Cfr. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 213 ss.

comportamientos) fue acogida por pensadores iusnaturalistas como Thomas Hobbes (mencionado por Bobbio) y por Samuel Pufendorf [1632-1694]. Junto con el *voluntarismo* (la idea de que el derecho es la expresión de la *voluntad* de un "legislador", divino o humano) y el *psicologismo* (la idea de que conocer el derecho es conocer la voluntad, la intención, la mente del "legislador"), ella constituye uno de los ingredientes de una de las ideologías que favorecieron la codificación del derecho continental: la ideología de la "arbitrariedad del derecho"[70].

3. Con la acostumbrada agudeza estilística, Hobbes afirma que el derecho no es otra cosa que la *orden dirigida a destinatarios que estén previamente obligados a conformarse a ella*[71]:

> "Y es ante todo manifiesto, que el derecho en general, *no es consejo, sino orden*; y no es una orden de un hombre (cualquiera) dirigido a (cualquier) otro hombre; sino solamente de aquel cuya orden esté dirigida a otro *que esté previamente obligado a obedecerlo*". (Cursivas agregadas).

En esta perspectiva, el derecho —que es siempre el derecho de un estado ("*commonwealth*")— consiste, como se ha visto antes:

> "para cada sujeto, en aquellas *reglas* que el estado, con la palabra, el escrito u otro signo adecuado del *querer*, le ha ordenado usar para distinguir lo lícito (*right*) de lo ilícito (*wrong*), o bien, lo que es contrario de lo que no es contrario a la regla" [Cursivas agregadas, ndr].

4. En el mismo orden de ideas, Pufendorf —en *De Iure naturae et gentium* [1672][72]— ofrece una definición "de la *Ley* en general" como "orden" ("*ordonnance*", "*ordinatio*") y, precisamente, como *expresión de la voluntad de un legislador o superior político, debidamente notificada a quienes están sometidos, y tal de imponer a estos últimos el deber de ejecutar un cierto comportamiento*:

---

70 Cfr. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, cap. II; Id., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, pp. 365 ss.

71 HOBBES, T., *Leviathan*, cap. XXVI; Cfr. también Id., *The Elements of Law Natural and Politic*, cap. XXIX; Id., *De cive*, cap. XIV, §2: "un pacto obliga por sí mismo; una ley obliga en virtud de un pacto general de obediencia (...) *Las leyes civiles son las órdenes concernientes a las futuras acciones de los ciudadanos, emanadas de quien* (individuo o asamblea) *detenta la soberanía*".

72 PUFENDORF, S., *De Iure naturae et gentium*, 1672, traducción francesa de Jean Barbeyrac, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 1723, p. 89.

> "Después de haber distinguido la ley de todas las otras cosas con las cuales se la habría podido confundir, es necesario ahora indagar su naturaleza. Ahora bien, según mi parecer, la ley generalmente entendida no es sino *una voluntad de un superior, mediante la cual este impone a aquellos que están sometidos* ("qui dépendent de lui") *el deber de obrar en cierto modo que él mismo les prescribe* [...] Y por *voluntad* no entendemos una resolución pura y simple, que permanezca confinada en el espíritu del legislador, sino una *resolución notificada* de modo conveniente a quienes se dirige, de modo que estos aprendan la necesidad de regularse sobre la base de ésta. Así, *voluntad* no significa, aquí, nada más que *orden* (*ordonnance*)".

5. Las concepciones imperativistas que constituyen el objeto de un reexamen crítico por parte de los teóricos del derecho del siglo XX, entre ellos Kelsen y Hart, son a menudo aquellas elaboradas por teóricos del siglo XIX o contemporáneos, y no ya aquellas de sus ilustres predecesores de los siglos XVII y XVIII.

6. En 1939, Charles Warren Everett, profesor de la Columbia Law School de New York, descubría entre los manuscritos de Jeremy Bentham conservados en el University College de Londres el texto de una obra —incompleta respecto del diseño original, y que permanecía inédita— de la cual elaboró una edición, publicada en 1945, con el título, de sabor austiniano, de *The Limits of Jurisprudence Defined*[73]. El manuscrito benthamiano fue republicado en 1970 en una nueva edición a cargo de Herbert Hart, con el título de *Of Laws in General*, sugerido por el propio Bentham[74].

---

[73] BENTHAM, J., *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. Everett, 1945.

[74] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, Appendix F. Una nueva edición de dicha obra, que sustituye la edición de Hart *The Collected Works of Jeremy Bentham*, articulada en los veintiún capítulos indicados en el apéndice F, pero titulada *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ha sido elaborada en años recientes por P. SCHOFIELD, y publicada en 2010. Schofield —*Editorial Introduction*, p. xiii— sostiene que el título de su edición respeta fielmente el objetivo del texto benthamiano ("distinguir entre el derecho civil y el derecho penal, preparando así el terreno para un código penal"), y advierte cómo "Of Laws in General" no resulta, en todo caso, adecuado para una obra cuyo interés de Bentham estaba en las leyes singulares ("His concern [...] was with *a* law"), antes que sobre leyes ("rather than with *laws*"). Hecha esta precisión, continuaré citando *Of Laws in General*, salvo ahí donde hayan deformidades sustanciales respecto al texto de *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*.

7. En *Of Laws in General*, Bentham elabora la que, en términos contemporáneos, es una teoría general de las normas jurídicas y, precisamente, una teoría caracterizada por lo que podría denominarse un *imperativismo coercitivista moderado*, que se contrapone, como veremos en su momento, tanto al *imperativismo coercitivista radical* de John Austin, como al *imperativismo sin sanción*, de August Thon[75].

8. La teoría de las normas jurídicas de Bentham compite —por articulación, ausencia de prejuicio intelectual, profundidad investigativa, relevancia metodológica, ejemplaridad filosófica— con trabajos bastante más recientes, entre los cuales la *Teoría de la norma jurídica*, de Bobbio, *Norm and Action*, de Georg Henrik Von Wright, *Directives and Norms*, de Ross, la póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, de Kelsen[76], constituyen aún los ejemplos más relevantes de teoría analítica del derecho y, osaría decir, algunos de los documentos más significativos de la cultura jurídica moderna.

9. CODIFICACIÓN DEL DERECHO, CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN, TEORÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como se ha visto (§§4-5), Bentham había asignado a la *universal expository jurisprudence* no-autoritativa —el prototipo de la moderna filosofía analítica del derecho— *dos* tareas distintas, aunque complementarias:

En primer lugar, una tarea de carácter *demoledor* o *deconstructivo*, que consiste en la desmitificación del derecho positivo, comenzando por el derecho positivo inglés, sometiendo a un radical examen crítico los conceptos y las creencias de los juristas;

En segundo lugar, una tarea de carácter *(re)constructivo*, consistente en elaborar un aparato de conceptos y de tesis explicativas que ofrezca una visión realista del derecho, despejada de las nieblas de las ficciones y del misterio, facilitando el desarrollo de la ciencia de la legislación y de aquellos legisladores ilustrados que pretenden beneficiarse de los servicios de esta última.

---

75 Usaré el neologismo "imperativismo coercitivista" para referirme a las formas de imperativismo que identifican, en la presencia de sanciones coercitivas, otra propiedad típica del derecho positivo.

76 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*; VON WRIGHT, G.H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*; ROSS, A., *Directives and Norms*; KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*. Sobre la teoría del derecho de Kelsen Cfr. además, cap. V.

Ahora bien, entre los conceptos merecedores de un atento análisis teórico, Bentham consideraba que debía incluirse, prioritariamente, el concepto de "ley" —"*a law*"— o (diríamos hoy) "norma jurídica". Esto por una serie de razones, entre ellas las siguientes:

1. La reforma del derecho, en vista de la maximización de la felicidad y de la justicia social, exige la codificación. Codificar el derecho es una actividad compleja, que consiste en redactar documentos en los cuales (con las precisiones que mencionaré dentro de poco) son formulados conjuntos relativamente amplios y ordenados de normas jurídicas. Codificar el derecho implica, en particular, que se redacte un código civil, un código penal y un código constitucional.

2. Ningún codificador, ningún prudente consejero de los codificadores, sin embargo, puede desarrollar su propio trabajo de modo consciente y cuidadoso si no tiene claros "los límites" entre el ámbito civil y el ámbito penal del derecho; si no tiene claros, en particular, las diferencias y las conexiones que subsisten entre una "ley civil" y una "ley penal", además de entre las leyes de estos últimos dos tipos y las "leyes constitucionales", siendo el derecho constitucional la tercera principal rama de cualquier derecho positivo.

> "La distinción —observa Bentham[77]— [...] que se presenta con mayor frecuencia [a un codificador y a un científico de la legislación, ndr], es la que se suele hacer entre el ámbito civil y el ámbito penal del derecho [...] ¿Qué cosa es un código penal? ¿Qué cosa es un código civil? ¿Cuál es la naturaleza de sus contenidos? *Si verdaderamente hay solo dos tipos de leyes*, unas las *penales* y otras las *civiles*, ¿las leyes contenidas en un código penal son todas leyes penales y aquellas contenidas en un código civil son todas leyes civiles? O ¿no se da quizás el caso que *en cada ley* haya *materia* que es *de naturaleza penal*, y que por tanto pertenece al código penal, y,

---

77 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, pp. 298-299; consideraciones análogas son desarrolladas en las pp. 7-8 y 282. La solución será provista por Bentham en *Of Laws in General*, cap. XVI ss., y consistirá en presentar las normas jurídicas "completas" como compuestas de una parte penal (norma sancionadora), una parte civil (definición del supuesto de hecho), una parte constitucional (que confiere poderes normativos), una parte procesal (que regula el proceso jurisdiccional de aplicación de la norma sancionadora) —una posición que resuena en la distinción kelseniana entre "normas (en sí) completas" o "autónomas" y normas "no autónomas" o "fragmentos de norma" (Cfr., además, cap. V)—.

al mismo tiempo, *materia de naturaleza civil*, y que por tanto pertenece al código civil?". (Cursivas agregadas).

3. Las soluciones obtenibles en la literatura jurídica para los problemas antes mencionados no son satisfactorias, ya que, bien vistas las cosas, se trata de problemas que, afirma Bentham, ocupan un "ángulo insospechado del laberinto metafísico" y no pueden ser resueltos ni reiterando las concisas, y a menudo tautológicas, definiciones traslaticias ("el derecho civil es el derecho que se refiere a las relaciones entre privados", "el derecho penal es el derecho que se refiere a la imposición de sanciones penales", etc.) ni, como el mismo Bentham se había ilusionado en un primer tiempo, dedicándoles "el espacio de una página o dos"[78].

4. Para proveer a estos problemas una solución que sea "tolerablemente satisfactoria" es necesario, en cambio, elaborar —diríamos hoy— una completa teoría de las normas jurídicas ("*laws*"). En efecto, Bentham considera que es "necesario" verificar "en qué consiste la *identidad* y la *completitud* de una norma jurídica (*a law*)", dando cuenta, más precisamente: (a) de la *naturaleza* de las normas jurídicas (¿qué tipo de cosa es una norma jurídica?); (b) de la *estructura* de las normas jurídicas (¿de qué partes se compone una norma jurídica?); (c) de las *propiedades definitorias* del concepto de norma jurídica (¿qué propiedades se deben encontrar en un objeto para poder, apropiadamente, considerarlo una norma jurídica?); (d) de la *noción de completitud* de una norma jurídica (¿qué cosa debe contener una norma jurídica para ser una norma completa, y no un simple fragmento de norma?). Bentham considera además que:

> "la idea de una norma jurídica (*a law*), entendiendo con esto una norma *singular*, pero *completa*, está vinculada de modo inseparable con la idea de un *cuerpo completo de normas jurídicas* [*a complete body of laws*], de modo que las preguntas de qué cosa es una norma jurídica y cuáles son los contenidos de un cuerpo completo de normas jurídicas son preguntas de las que no se puede responder a una sin responder a la otra. Un cuerpo de normas jurídicas es un vasto y complicado mecanismo, ninguna parte del cual puede ser completamente explicada sin explicar el resto. Para comprender las fun-

[78] BENTHAM, J., *Letter to Lord Ashburton*, 3 junio1782, en Id., *Of Laws in General*, Appendix E, p. 305.

ciones de un péndulo se debe desmontar el reloj entero; para comprender la naturaleza de una norma jurídica, se debe desmontar el código entero"[79].

5. De lo expuesto, y volviendo a los problemas de la ciencia de la legislación mencionados en los puntos precedentes (1-2), Bentham considera, en conclusión:

> "que la noción de una *norma jurídica completa* deba *prioritariamente* ser determinada para que el legislador pueda en cada caso *saber qué cosa debe hacer*, o *cuándo* su obra *está terminada*"[80]. (Cursivas agregadas).

Una tarea semejante, sostiene Bentham, pertenece a la jurisprudencia expositiva no-autoritativa universal ("the science of *law*, considered in respect to its *form*"). En relación con la ciencia de la legislación y con la obra práctica de los codificadores, ella ocupa, en efecto, la misma posición que la "ciencia de la anatomía" en relación con "el arte de la medicina"[81].

10. EL CONCEPTO BENTHAMIANO DE "NORMA JURÍDICA": CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El núcleo de la teoría benthamiana de las normas jurídicas (daré cuenta dentro de poco de las razones que justifican traducir el término *"law"* como "norma jurídica", antes que como "ley") está constituido por una definición de "norma jurídica" que Bentham formula en el capítulo I de *Of Laws in General* según la edición hartiana —que se corresponde con los capítulos II o III del original diseño benthamiano (y al §3 de la edición Schofield)—.

La mayor parte del manuscrito (capítulos II-XIII de la edición hartiana; §§4-17 de la edición Schofield) está dedicada, en efecto, a un examen de aspectos singulares de las normas jurídicas, identificadas en la definición inicial, y su parte estrictamente teórico-general concluye con los capítulos XIV y XV (§16 y 17 de la edición Schofield), dedicados a la "idea de una

---

79 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 299 nota b2. Por otra parte, Bentham advierte no tener a su disposición algún código, preparado sea por príncipes o por privados, que pueda ser desmontado en sus componentes elementales, de modo que su labor consiste, incluso, en concebir cómo podría ser redactado un código semejante.

80 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 282.

81 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 8-9.

norma jurídica completa" y a la negación de la completitud de las normas consuetudinarias.

En los capítulos siguientes (XVI-XIX; §§18-21 de la edición Schofield), Bentham utiliza la teoría previamente elaborada para afrontar, finalmente, los problemas de los "límites" entre derecho civil y derecho penal de los cuales, como se ha señalado, había surgido la exigencia de una amplia digresión teórica.

La pregunta que está en la base de las indagaciones benthamianas puede formularse en los siguientes términos: ¿Qué cosa *es oportuno* entender por "norma jurídica", en caso de que se quiera ofrecer de ella una noción anclada en la realidad sensible, es decir, fundada sobre una exploración exhaustiva del "territorio de las entidades reales"?

He aquí la respuesta:

> "Una norma jurídica —sostiene Bentham[82]— puede ser definida como un conjunto [*assemblage*] de *signos declarativos de una voluntad, concebido o adoptado por el soberano en un estado*, concerniente a la conducta que debe ser observada [*to be observed*] en un cierto caso por parte de una cierta persona o de una cierta clase de personas, que en el caso en cuestión están, o se supone que están, sometidas a su poder; voluntad que confía su propia realización a la *expectativa de ciertos eventos* respecto de los cuales la propia declaración se entiende que deba constituir una *condición* de su verificación, y la *posibilidad* de los cuales se entiende que deba actuar como un *motivo* sobre aquellos de cuya conducta se trata". (Cursivas agregadas).

Las normas jurídicas, para Bentham, son, por tanto, *entidades reales*. Se trata, precisamente, de entidades semióticas (conjuntos de *signos* utilizados en un contexto comunicativo) mediante las cuales el supremo gobernador político de un estado (*estatalismo*) expresa o declara su propia voluntad (voluntarismo) concerniente a la conducta de personas sometidas a su poder, cuya eficacia depende de la probabilidad de eventos (*sanciones*) dotados de fuerza motivadora.

En los siguientes parágrafos de este capítulo, me detendré sobre los siguientes aspectos de la teoría de las normas jurídicas de Bentham, como se deduce de *Of Laws in General*:

---

82 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 1.

1. Las cuatro *tesis fundamentales* de la teoría (§11);
2. Las ideas concernientes a los *sujetos*, los *objetos*, la *estructura*, las *partes interesadas*, y la *generalidad* de las normas jurídicas (§12);
3. La teoría de las *fuentes* de las normas jurídicas (§13);
4. La teoría de los *caracteres normativos* o "modalidades deónticas" de las normas jurídicas (§14);
5. La teoría de las *relaciones lógicas*, o relaciones *estáticas*, entre normas jurídicas, que constituyen uno de los ejemplos más resaltantes de un sistema de lógica deóntica (la "lógica de la voluntad") (§15);
6. La teoría de las *relaciones dinámicas* entre normas jurídicas, que constituyen un ejemplo *avant la lettre* de aquello que Kelsen, casi dos siglos después, llamará "nomodinámica" o teoría dinámica del derecho (§16);
7. La teoría de las *normas permisivas* (§17);
8. La teoría de las *técnicas* a ser utilizadas para *asegurar la eficacia* de las normas jurídicas "principales" (§18);
9. La teoría de las *formas de expresión* de las normas jurídicas (§19);
10. Un breve examen de la noción de *norma jurídica completa* (§20).

El capítulo concluirá con algunas notas de resumen sobre el imperativismo de Bentham (§21), funcionales a su comparación con las otras teorías del derecho que serán examinadas en los capítulos siguientes.

11. CUATRO TESIS FUNDAMENTALES

La teoría benthamiana de las normas jurídicas se caracteriza por cuatro tesis fundamentales. Antes de entrar de lleno en la exposición de la teoría misma es necesario dar brevemente cuenta de ellas.

La primera tesis es de carácter terminológico-conceptual: consiste en la propuesta de una redefinición, del todo original para la época, del término inglés "law" (correspondiente a "lex", "legge", "ley", "loi") —uno de los términos más antiguos, gastados y abusados de las disciplinas jurídicas—.

La segunda tesis destaca el *carácter puramente teórico* de la noción de norma jurídica.

La tercera tesis sostiene lo oportuno de distinguir entre textos legislativos y normas: entre los enunciados usados por las autoridades legislativas para expresar normas jurídicas, por un lado, y las normas jurídicas expresadas mediante tales signos, por el otro. La distinción presupone que no hay una

correspondencia biunívoca entre los enunciados legislativos y las normas (presumiblemente) expresadas por ellos; sugiere, además, la exigencia para que el filósofo del derecho elabore *modelos ideales* —"formales" o "estructurales"— *de normas jurídicas completas*, a ser utilizados para analizar y reformular el discurso de las fuentes, sobre el presupuesto de que las normas jurídicas efectivamente formuladas por las autoridades nomotéticas en enunciados específicos son a menudo incompletas.

La cuarta tesis, finalmente, sostiene la dependencia teórica del concepto de derecho respecto del concepto de norma jurídica; el derecho no es sino un conjunto de normas jurídicas ligadas entre sí por diferentes tipos de relaciones.

La primera y la tercera son tesis de *teoría* de la norma jurídica; la segunda y la cuarta son, en cambio, tesis *meta-teóricas*: tesis que versan *sobre la teoría* de la norma jurídica.

11.1. Una propuesta terminológica

En tiempos como los actuales, de difundido y dominante *normativismo*, parece del todo natural concebir el derecho como un conjunto de *normas* jurídicas. Ello no impide luego discrepar, incluso fuertemente, acerca de la naturaleza, la estructura, las propiedades, las funciones, la variedad, las recíprocas relaciones, etc., de estas.

La *norma* es, como quiera que se la entienda, el elemento primario, constitutivo, del derecho o, como se suele también decir, de los *ordenamientos o sistemas* jurídicos positivos ("legal orders", "legal systems", "órdenes jurídicos", "sistemas jurídicos", "ordonnancements juridiques", "systèmes juridiques", "Rechtsordnungen", "Rechtssystems", etc.), al menos en caso de que se les aprecie desde la perspectiva del jurista, y se distinga cuidadosamente entre esta última perspectiva y las —no alternativas sino complementarias— del sociólogo del derecho, del filósofo de la política, del filósofo de la moral, del economista, del científico político, del antropólogo, etc.[83] (cursivas agregadas).

En el tiempo en el que Bentham escribía *Of Laws in General*, entre 1780 y 1782, los principales términos con los que se acostumbraba hacer

[83] Cfr., por ejemplo., KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, p. 3: "Law is not, as it is sometimes said, *a rule*. It is *a set of rules having the kind of unity we understand by a system*".

referencia a los elementos (percibidos como) constitutivos del derecho eran "law", "order" y "command", correspondientes a los términos latinos: "lex", "ordinatio" y "praeceptum". Sin embargo, según destaca el propio Bentham, había muchos otros términos utilizados y utilizables para tal fin, entre ellos, por ejemplo: "injunction", "decree", "precept", "statute", "ordinance", "edict", "constitution", "regulation", "establishment", "institution" y "mandate" [84].

Pues bien, reflexionando sobre el significado —efectivo o potencial— de tales términos, Bentham llega a dos conclusiones.

La *primera conclusión* es que, de los términos arriba indicados, el único elegible por razones teóricas para denominar el elemento constitutivo del derecho es el término "law", debiéndose, por el contrario, excluir todos los otros, incluso algunos concurrentes de noble linaje, como "command" y "order".

La *segunda conclusión* es que el término "law", si es utilizado para designar el elemento constitutivo del derecho positivo, no puede, sin embargo, ser usado en su significado tradicional y corriente, sino que debe ser usado en un *significado nuevo*, un significado más *genérico* y, por tanto, más amplio, del usual en virtud de una estipulación redefinitoria fundada sobre una teoría del derecho *realista* —elaborada a partir de la observación de las *entidades reales* presentes en la experiencia jurídica, según los preceptos de la "verdadera metafísica" como son entendidos por el propio Bentham—.

Bentham considera ante todo que el término "mandato" ("command") no es una buena denominación para el elemento constitutivo del derecho, ya que resulta al mismo tiempo *demasiado genérico*:

> "1. No sugiere en modo alguno que la voluntad de la que se trata sea de alguna manera referible al soberano"

y *demasiado específico*:

> "2. No incluye los *contramandatos* [*counter-commands*], y 3. No es aplicable, sin una cierta dosis de forzamiento, a los instrumentos [*material instrument*], como los documentos escritos o impresos, a través de los cuales se expresa la voluntad en cuestión. En efecto, cuando se le aplica a

[84] BENTHAM, J. *Of Laws in General*, pp. 3 ss.

un escrito, parece denotar la voluntad expresada en él, con exclusión del escrito desde el cual es expresado".

Igualmente, Bentham niega que el término "orden" ("order") haga las veces, ya que:

> "1. Le es aplicable la primera de las objeciones que valen para el término *mandato*. 2. [...] parece limitado a aquellos mandatos que son considerados o como no *muy generales* con respecto de la multitud de personas a las cuales se aplican, o tales de *no emanar directamente de la autoridad soberana*, o por su naturaleza *no perpetuos*"[85]. (Cursivas agregadas).

Por el contrario, sugiere Bentham que estos inconvenientes —ligados a los usos tradicionales de los términos "mandato" y "orden"— no surgirían con el término "law" (literalmente: "ley").

En el lenguaje ordinario "law" designa, de un modo específico, aquel particular tipo de prescripción jurídica que representa el resultado del *ejercicio del poder legislativo*, de modo que *no* constituyen "leyes" todas las otras cosas —mandatos, órdenes, sentencias, ordenanzas, decretos, etc.— que no sean, en sentido técnico, el resultado de *actos de legislación*.

Sostiene Bentham, sin embargo, que el significado del término "law" se presta (diríamos hoy) para ser oportunamente redefinido en vía estipulativa, de modo tal de elevarlo a *denominación genérica* de cualquier tipo de *prescripción jurídica*, fungiendo así de nombre para *cualquier prescripción, imperativa o no imperativa, general o particular, escrita o no escrita, permanente o temporal, judicial, administrativa, legislativa, o de otro tipo, que provenga directamente o indirectamente del soberano de un estado* y, por tanto, de un modo tal que incluya no solo las leyes propiamente dichas, sino también los mandatos judiciales, las órdenes militares y las otras órdenes del poder ejecutivo, además de las prescripciones formuladas en el ámbito de las relaciones "privadas", como las relaciones entre empleadores y prestadores de trabajo (*masters and servants*), entre padres e hijos, entre maridos y esposas ("ahí donde —escribe Bentham— el requerimiento de un marido asuma la forma severa del mandato", y tenga tras de sí la fuerza del soberano, como veremos en el §13).

Dos observaciones para concluir.

---

[85] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 10.

1. En la perspectiva de Bentham, el derecho no se compone pues —de modo exclusivo o esencialmente— de "normas generales", siendo, por el contrario, un *conjunto variado de prescripciones jurídicas*, cuya unidad está asegurada por su *común derivación* —en vía inmediata o mediata— de una única y misma *fuente de producción*: el soberano de un estado (como se verá mejor en los §§12.2 y 13). Que el derecho esté formado también por normas individuales es una tesis que se impondrá definitivamente en el siglo XX, por obra de los estudiosos de la denominada Escuela de Viena y, en particular, de Adolf Merkl y de Hans Kelsen[86].
2. Bentham, como se ha visto, propone usar "law", en el sentido genérico redefinido por él, haciéndola una expresión perfectamente fungible con la expresión "legal mandate" (precepto jurídico):

   "La idea por la cual quiero encontrar una expresión —afirma Bentham[87]— es aquella que deriva tanto de la *materia* de la cual están hechas las leyes y los documentos legislativos [*statutes*] tal de constituir un entero mandato o contramandato, y nada más". (Cursivas agregadas).

A la luz de esto, y con todo el cuidado del caso, no parece irrazonable traducir el término benthamiano "law" (que literalmente quiere decir "ley") con la locución "norma jurídica" —como ha sido hecho hasta aquí y se hará en lo que sigue de este capítulo—.

11.2. El ineludible carácter teorético de la noción de norma jurídica

La segunda tesis fundamental de la teoría benthamiana de las normas jurídicas sostiene que la noción de norma jurídica debe ser entendida como una noción *puramente teórica* —o, podríamos decir también, *filosófica*, siendo su definición competencia de lo que para Bentham es la verdadera filosofía (*"genuine metaphysics"*)—.

A diferencia de las obligaciones, de los poderes, de los derechos subjetivos, de los deberes, etc., según Bentham, las normas jurídicas *no*

---

86 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Prefacio a la segunda edición; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 95 ss.

87 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 12.

son entidades ficticias. Se trata, por el contrario, de entidades reales, cuya naturaleza, sin embargo, no es del todo evidente, pudiendo ser aprehendida solo como resultado de investigaciones laboriosas.

De hecho, valen para las normas jurídicas las consideraciones que Bentham formula, de modo general, para cualquier "verdad" en el campo de las ciencias morales:

> "las verdades que forman la base de la ciencia política y moral no se pueden descubrir sino a través de *investigaciones* tan *rigurosas* como las matemáticas, y como resultado de comparaciones entre las más extendidas e intricadas. Se ha dicho, en general, que las verdades son cosas obstinadas [*stubborn things*]; las verdades apenas mencionadas lo son a su modo. Ellas no se prestan a ser comprendidas en proposiciones generales y aisladas, no cargadas de explicaciones y excepciones. No se dejan encerrar en epigramas. Escapan a la lengua y la pluma de los amantes de las declamaciones. No florecen sobre el mismo suelo de sentimientos. Crecen entre las espinas y no pueden ser recogidas, como margaritas, por pueriles juguetones. El duro trabajo, ineluctable destino de la humanidad, representa, como nunca como en este caso, la única vía a recorrer. En vano un Alejandro habría predispuesto un camino solo para sí, secundando su real vanidad o, un Tolomeo, un camino fácil, secundando su real indolencia. No hay, en efecto, una *Vía Regia* ni alguna *Puerta del Supremo Gobernador del Estado*, que conduzcan a la ciencia de la legislación, no distintamente que para la ciencia matemática"[88].

Puesta esta premisa, Bentham considera que la tarea del filósofo que se ocupa de las normas jurídicas consiste, como veremos mejor en breve, en elaborar nociones y tipologías de normas jurídicas, que puedan ser utilizadas por "modelos" (*patterns*) para (mejor) comprender, y moldear, la realidad del derecho.

11.3. Textos legislativos, normas, ideas de normas

Una teoría adecuada de las normas jurídicas —para llegar a la tercera tesis benthamiana— debe introducir una doble distinción.

---

88 BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 9-10.

Es necesario, en primer lugar, que ella distinga cuidadosamente las *normas jurídicas*, en cuanto contenidos de significado volitivos y prescriptivos, expresados por un conjunto delimitado de signos, de un lado, de los actos legislativos (*statutes*) comúnmente utilizados por las autoridades normativas para transmitirlas, por el otro.

Es necesario, en segundo lugar, que ella distinga cuidadosamente las *normas jurídicas reales*, en cuanto contenidos prescriptivos de *textos legislativos*, por un lado, de las *ideas de normas jurídicas* completas, como productos de la reflexión filosófica sobre el derecho positivo, por el otro.

> "La idea de una norma jurídica —escribe Bentham— es la idea de un *objeto que puede ser puramente intelectual*, no existiendo en algún lugar sino en la mente de aquellos que hablan de ella; la idea de un acto legislativo (*statute*) es siempre la idea de un *objeto material*, copias del cual se pueden encontrar en un librero cualquiera. Si se me permite un parangón un poco ramplón, una norma jurídica se pone respecto de un texto legislativo así como un singular, pero entero, músculo, seccionado por un anatomista, se pone respecto de un bistec o a un corte de carne de res efectuado por un carnicero. La idea de una norma jurídica así determinada es lo que *debe ser previamente formado* para que pueda servir como un modelo (*pattern*) al cual *los contenidos* de un documento legislativo, o de un cierto número de documentos legislativos, puedan ser reducidos, y [sobre la base del cual, ndr] las distintas partes de las que están compuestos puedan estar referidas a los diversos sectores (*stations*) del sistema jurídico al cual pertenecen. En resumen, las normas jurídicas son los *elementos de los cuales los documentos legislativos están compuestos, y a los cuales estos deben ser reducidos con el fin de ser comprendidos*"[89]. (Cursivas agregadas).

---

89 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 12; otro pasaje significativo se lee en la p. 197, en la que se alude a "the want of coincidence or conformity between the typographical arrangement and the logical: between the order of the ideas about which the several laws in question are coversant, and the order of the signs which are made use of to express them". Cfr., además, Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 301: "By the word *law* then, as often as it occurs in the succeeding pages, is meant that ideal [logical, intellectual, ndr] object, of which the parts, the whole, or the multiple, or an assemblage of parts, wholes, and multiples mixed together, is exhibited by a statute; not the statute which exhibits them".

La doble distinción permite fijar algunos puntos centrales de la teoría benthamiana de las normas jurídicas[90]:

1. Las normas jurídicas son, no solo entidades semióticas, sino además, y más precisamente (diríamos hoy), *entidades lingüísticas*.
2. Se trata, en particular, en un léxico no benthamiano, de las proposiciones prescriptivas expresadas mediante un determinado conjunto de signos lingüísticos, que constituyen el *significado de signos declarativos de actos de voluntad* del soberano o de sus delegados (como veremos mejor en el §13).
3. En tanto que proposiciones prescriptivas, las normas jurídicas pueden ser expresadas por detentadores de poder normativo mediante signos declarativos *no necesariamente lingüísticos* (Cfr. infra, §20). También, en estos casos, sin embargo, estos son *siempre* (re)formulables mediante *enunciados prescriptivos* o "volitivos" ("sentences of volition")[91].
4. En la realidad del derecho, lo que puede ser inmediatamente percibido *no* son, pues, las *normas jurídicas*, sino, precisamente, los signos declarativos —los *materiales empíricos*—, provenientes de las autoridades legislativas (o, en general nomotéticas) que, se asume, expresan normas jurídicas.
5. Cuando los signos declarativos consisten en enunciados legislativos —en "leyes" o en "textos legislativos" (*statutes*, *legislative acts*)—, sería incauto presumir *a priori* una correspondencia puntual, biunívoca, entre los *enunciados legislativos*, por una parte, y las *normas legislativas* que estas expresan, por la otra. Por el contrario —sostiene Bentham, recurriendo a la metáfora del carnicero—, los enunciados legislati-

---

90 Sobre la concepción benthamiana de las "normas jurídicas", cfr., por ejemplo: RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, pp. 54 ss. ("For Bentham a law is 'an assemblage of signs declarative of a volition'. It is in effect a sentence or set of sentences, though most of the time Bentham discusses it as if it were a proposition to the effect that the sovereign wants so and so"); OLIVECRONA, K., *La volontà del sovrano: riflessioni sul concetto di "legge" di Bentham*, pp. 202 ss. (en la cual se configuran las "normas jurídicas" como entidades reales, no ficticias). Para una interpretación distinta, según la cual incluso las normas jurídicas singulares serían entidades ficticias, Cfr. MORESO, J.J., *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 79 ss.

91 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 299-300, nota b2.

vos no se corresponden (prácticamente) nunca con normas jurídicas (completas); estas últimas deben, por tanto, ser *(re)construidas* bajo el cuidado de los juristas Expositores, *a partir de los* textos legislativos, y a menudo solo se pueden obtener combinando partes de distintos actos legislativos[92].

6. A la luz de estas consideraciones, la tarea peculiar de la filosofía del derecho positivo (jurisprudencia expositiva universal) consiste en elaborar modelos (o arquetipos) de norma jurídica, sobre la base de los cuales los juristas puedan (diríamos hoy) reinterpretar y reconstruir los materiales jurídicos positivos, traduciendo, y transformando, los enunciados volitivos formulados por el legislador —o, como se verá, por cualquier detentador de poder normativo— en otros enunciados volitivos, que expresan normas jurídicas completas.

11.4. Bentham y la concepción expresiva de las normas

Se ha discutido, en la más reciente teoría general de las normas, si las normas son entidades "abstractas" y "puramente conceptuales", similares a las proposiciones apofánticas que, por tanto, "existen" sin que sea necesario algún acto lingüístico de formulación y son, en este sentido, "independientes del lenguaje" (*language-independent*)—, como sostiene la concepción "hilética"; o si son, por el contrario, entidades para nada distintas de las proposiciones, las cuales no "existen", y no pueden "existir", independientemente de actos lingüísticos de formulación y son, por tanto, en este sentido, "dependientes del lenguaje" (*language-dependent*), como sostiene la concepción "expresiva"[93].

A la luz de los pocos signos antes mencionados, la teoría benthamiana de las *normas jurídicas* puede ser considerada —con algunas precisiones— un ejemplo de concepción *expresiva*.

---

92 Una idea corroborada también en BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 124: "A legislative provision [en cuanto enunciado del discurso legislativo, ndr] either contains a law of itself, or only goes towards the making up of a law by the help of others".

93 Cfr. ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *The Expressive Conception of Norms*, 1981, tr. cast., *La concepción expresiva de las normas*, en ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E. *Análisis lógico y derecho*, pp. 121 ss.

En realidad, no parece haber algún espacio, en el universo benthamiano, para *normas (jurídicas) puramente ideales o simplemente pensadas* equiparables, por ejemplo, a una proposición sobre el verídico curso de un astro, que no haya aún sido formulada por algún astrónomo, y podría también no serlo nunca.

En efecto, si la idea de una norma jurídica, y el aparato de nociones y distinciones vinculado, son construcciones intelectuales que pueden existir solamente en la mente de quien habla de ellos e, igualmente, si los *proyectos* de singulares normas jurídicas pueden gozar de una existencia puramente intelectual, entonces, por definición, las normas jurídicas verdaderas y propias existen *si y solo sí* es posible configurar los enunciados volitivos en los que consisten como el significado normativo de *enunciados volitivos, o bien de otros signos declarativos de volición,* expresados de ciertos modos por algún detentador de poder normativo en un estado: "En suma, ningún imperativo sin un emperador" ("Kein Imperativ ohne Imperator"). Bien vistas las cosas, sostiene Bentham, esto vale también para las normas del denominado derecho consuetudinario, o derecho "no escrito", o derecho "común" cuya existencia, incluso no dependiendo necesariamente de *actos lingüísticos*, depende, sin embargo, siempre de *actos* —o *signos*— *exteriores* de un cierto tipo[94].

Una última consideración. Si se relee a Bentham a la luz del enfoque analítico-realista de la filosofía jurídica contemporánea, los actos nomopoiéticos (creadores de normas), lingüísticos o no-lingüísticos, que sean puestos en marcha por los detentadores de poderes normativos, no producen necesariamente, *de forma inmediata, normas jurídicas*. Lo que éstos producen de forma inmediata consiste, más bien, en *materiales jurídicos* —en conjuntos de enunciados volitivos o de otros signos traducibles en enunciados volitivos— a partir de los cuales las normas jurídicas (en tanto que entidades semióticas y lingüísticas) pueden ser identificadas; en cuanto

94 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 152-153, 184 ss. Una crítica sugerente de la distinción entre concepción hilética y concepción expresiva en GUASTINI R., *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 291-302.

al *contenido*, con el auxilio de ciertos criterios interpretativos[95]; en cuanto a la *forma*, con el auxilio de los modelos de norma jurídica provistos por la filosofía del derecho positivo.

11.5. Preeminencia teórica del concepto de norma jurídica

La última tesis que es necesario recordar, antes de adentrarnos en la teoría benthamiana, es la tesis de la dependencia teórica del concepto de derecho del concepto de norma jurídica (o tesis de la preeminencia teórica del concepto de norma jurídica).

Se nos podría preguntar ¿por qué Bentham no elaboró una teoría de las normas jurídicas en lugar de una teoría del derecho?; ¿por qué sintió la necesidad de escribir una obra titulada *Of Laws in General*, y no escribió, en cambio, *Of Law in General* o, como se ha hecho recientemente, *The Concept of Law*?

Por una simple razón. Bentham considera que "el derecho" ("the law") —en el sentido del "derecho positivo" o "derecho objetivo"— es "una entidad ficticia":

> "un término *abstracto* y *colectivo*, el cual, cuando significa algo, no puede significar nada más y nada menos que la suma total de un cierto número de normas jurídicas singulares tomadas en su conjunto"[96].

Al respecto, sin embargo, es necesario advertir, también a la luz de los más recientes acontecimientos de la teoría del derecho, que Bentham, como se verá mejor a continuación, no afirma que el derecho sea "norma" sino, precisamente, un *conjunto de normas*, entre las cuales median relaciones típicas —estáticas y dinámicas— que permiten configurar el conjunto mismo como un *sistema* (Cfr., además, §§15-16, 21).

No obstante, el *sistema* al que alude Bentham no es otra cosa que normas; no es, como para Savigny y los románticos autores del organicismo

---

95 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 158-159, 162-163, 239-241; además, §20.

96 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 294, y cfr. también la nota *w* de la misma página, en la cual Bentham destaca cómo "In most of the European languages there are two different words for distinguishing the *abstract* and the *concrete* senses of the word *law* (...) In Latin, for example, there is *lex* for the concrete sense, *jus* for the abstract"; *Of Laws in General*, p. 16.

jurídico (Cfr. capítulo III, §2), una misteriosa (y huidiza) *entidad ulterior*, con una existencia "propia", *distinta de* las normas que lo componen, en sus relaciones recíprocas. Semejante encarnación de un todo más allá de las partes sería, en realidad, incompatible con el *empirismo* y el *individualismo ontológico* que distinguen la teoría jurídica benthamiana[97].

12. SUJETOS, OBJETOS, ESTRUCTURA, DESTINATARIOS, GENERALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Una norma jurídica es:

"una combinación *de signos* declarativos de una voluntad (...), *concerniente a la conducta que debe ser observada en un cierto caso por una persona o por una clase de personas*".

Este pasaje de la definición benthamiana del concepto de norma jurídica se refiere a aquellas *partes* de una norma referidas a lo que Bentham denomina, respectivamente, los "sujetos", los "objetos", el "caso", "las partes interesadas", y su "extensión" personal y material. Algunos ejemplos, modelados sobre ejemplos provistos por el propio Bentham, deberían servir para ilustrar estas nociones.

Considérese ante todo la norma N1:

(N1) "Ninguna persona cause la muerte de otra persona"[98].

En la norma N1, son claramente identificables el *sujeto activo*, o "agente", el *sujeto pasivo*, o "paciente", y el *objeto*. Ninguna norma jurídica es concebible, considera Bentham, si no contiene —aunque sea implícitamente— los tres elementos recién mencionados.

El *sujeto activo* de una norma jurídica está constituido por las personas o cosas, desde las cuales tiene origen el acto (la conducta, el comportamiento) regulado por la norma: los individuos que son el punto desde el cual

97 El individualismo ontológico es la posición que "niega que entes "colectivos" como los Estados, las instituciones, las iglesias, los grupos sociales, etc., sean algo distinto a una suma de individuos o un conjunto de acciones individuales (...) se contrapone al holismo (u organicismo o institucionalismo) ontológico, según el cual los entes "colectivos" son algo ulterior y superior en relación con los individuos que los componen" (COMANDUCCI, P., *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, p. 38).

98 BENTHAM J., *Of Laws in General*, p. 49: "Let no person kill any person".

se despliega el acto, su *terminus a quo*. En la norma N1, el sujeto activo está constituido, aparentemente, por la entera clase de los individuos de la especie humana, en cuanto potenciales autores de homicidios.

El *sujeto pasivo* de una norma jurídica está constituido por las personas o cosas, que constituyen el término final del acto regulado por la norma; aquello sobre lo cual tal acto despliega sus efectos. En la norma N1, el sujeto pasivo está constituido, por tanto, por la entera clase de los individuos de la especie humana, en cuanto potenciales víctimas de homicidios.

El *objeto* de una norma jurídica está constituido, finalmente, por el *acto*, por la *conducta*, o por el *comportamiento* —singular o de clase— regulado por la norma. En la norma N1, el *objeto* está constituido, por lo tanto, por la entera *clase* de los actos que consisten en causar la muerte de un individuo de la especie humana.

Bajo los perfiles apenas ilustrados, la norma N2:

(N2) "Ningún hombre cause la muerte *del ganado* de otro hombre"

a diferencia de la norma N1, tiene por sujeto pasivo no una clase de personas, sino una *clase de cosas*: el *ganado* ajeno.

Sin embargo, las normas N1 y N2 están unidas, por otra parte, por aquello que en la perspectiva benthamiana constituye una *descripción no integrada por la indicación de las circunstancias* del acto regulado. Desde esta perspectiva, N1 y N2 se diferencian de las tres siguientes; en ellas, la descripción del acto regulado por la norma, del sujeto pasivo o del sujeto activo, está, en el léxico de Bentham, integrada por la indicación de las *circunstancias*:

(N3) "Ninguna persona cause la muerte de otra persona *mediante el suministro de veneno*".

(N4) "Ninguna persona cause la muerte de otra persona *mayor de edad*".

(N5) "Ninguna persona *que respire* cause la muerte de otra persona".

En la norma N3, el acto de causar la muerte de una persona está especificado con relación a sus *modalidades de ejecución*. Como resultado de la introducción de dicha circunstancia, la norma N3 presenta, como es obvio, un ámbito de aplicación distinto, y más limitado, en relación con la norma N1, ya que prohíbe únicamente el homicidio perpetrado mediante envenenamiento.

En la norma N4, la circunstancia introducida concierne, por el contrario, a la *cualidad del sujeto pasivo* del acto regulado, y tiene el efecto de circunscribir la clase de los homicidios prohibidos por la norma, limitándola al homicidio de los mayores de edad.

En virtud de su impacto sobre el ámbito de aplicación de las normas que las prevén, las circunstancias introducidas en las normas N3 y N4 son, en la terminología de Bentham, las *circunstancias que especifican*. Ello, a diferencia de la circunstancia introducida en la norma N5 ("*that breathes*", que respire), que puede ser eliminada sin que el ámbito de aplicación de dicha norma resulte de alguna forma modificado. Se trata, en efecto, en la terminología de Bentham, de una *circunstancia que no especifica*.

En la teoría de Bentham, las normas N1-N5 son ejemplos de *normas no condicionales* ("*unconditional*"); el comportamiento que regulan debe ser observado, no ya en algún "caso" —singular o de clase— *específicamente determinado* sino, aparentemente, *en cualquier caso indeterminadamente*. Así, tales normas poseen (diríamos hoy) una *estructura sintáctica categórica* y se distinguen, en cuanto tales, de las normas con *estructura hipotética*, como la siguiente:

> (N6) "Ninguna persona cause la muerte de otra persona, *si se ha declarado el fin de la guerra civil*".

N6 ejemplifica, en la terminología benthamiana, una *norma condicional* ("*conditional*"); el comportamiento que regula no debe ser observado por el sujeto activo en *cualquier* situación (o "caso") sino solo *si* se verifica la condición *específicamente indicada* en la norma.

12.1. Destinatarios ("partes interesadas")

Sostiene Bentham que la presencia de normas jurídicas influye inevitablemente sobre la situación en la cual se encuentran personas singulares o clases de personas, las cuales son, por tanto, las "partes interesadas de una norma jurídica" ("*the parties which may be affected by a law*").

Bentham considera además que, en relación con *cualquier* norma jurídica, es necesario distinguir *tres posiciones subjetivas*; tres modos distintos de ser (diríamos hoy) *destinatarios* de una norma.

En primer lugar, está la posición de aquellos sujetos "vinculados" ("*bound*") o "constreñidos" ("*coerced*"), por la norma:

"sin éstos —sostiene Bentham[99]— *una norma jurídica no puede ser siquiera concebida*. Una norma jurídica que no vincule a nadie, una norma jurídica que no constriña a nadie, una norma jurídica que no limite la libertad de nadie, todas estas expresiones, así como sus equivalentes, serían otras tantas *contradictio in terminis*". (Cursivas agregadas).

En segundo lugar, está la posición, igualmente "necesaria para la existencia de una norma jurídica", de aquellos sujetos que se encuentran *expuestos a un probable* "sufrimiento" —a un dolor, a una disminución de placer— como consecuencia de la norma.

En tercer lugar, finalmente, está la posición de los "beneficiarios" de la norma: aquellos sujetos que son favorecidos, o se quiere favorecer, a través de la norma. No obstante, el legislador puede favorecer a alguien de dos formas distintas: (a) *negativamente* o "*in point of agency*", si el favor consiste en la *ausencia de normativa*, es decir, en abstenerse de someter a alguien al vínculo de una norma; (b) *positivamente*, o "*in point of interest*", si se crea una norma dirigida a atribuir a alguien algún beneficio, disponiendo así la satisfacción de su interés.

Observa Bentham que las tres posiciones pueden ser ocupadas, en relación con una *misma* norma, por una misma persona o clase de personas, o bien por personas o clases de personas distintas, por ejemplo:

1. respecto de las *normas jurídicas sustanciales* que crean los *ilícitos de cada persona contra sí mismo* ("*self-regarding offences*"), una *misma* persona es al mismo tiempo: (i) vinculada, (ii) expuesta a la probabilidad de sufrir una sanción negativa, y (iii) favorecida por la existencia de la norma[100];
2. respecto de las *normas jurídicas sustanciales* que crean los *ilícitos de una persona contra otras personas* —"*extra-regarding offences*", a su vez distinguidos en ilícitos "privados" o "individuales", ilícitos "semipúblicos", ilícitos "públicos" e ilícitos "multiformes"—, las tres posiciones

---

99 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 54.

100 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 56; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 76-77, 148, 189, 277-278. Instituiría, por ejemplo, un ilícito de este tipo una norma que prohibiese a los particulares auto-intoxicarse (con bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, etc.), infligirse daños físicos o cometer suicidio, mediante modalidades que no causen directamente algún daño a terceros.

son ocupadas, sin embargo, por personas distintas. Normalmente, las personas vinculadas coinciden con las personas susceptibles de sufrir una sanción, pero son distintas de las personas beneficiadas —siempre constituidas por la colectividad en su conjunto, por singulares individuos determinados o por singulares subgrupos determinados de individuos, en caso de que los ilícitos sean privados o semipúblicos—. No obstante, Bentham no excluye la posibilidad de que las personas vinculadas sean distintas de las personas susceptibles de sufrir una sanción, las cuales pueden, a su vez, ser distintas de las personas beneficiadas;

3. respecto de las *normas jurídicas subsidiarias* o *de remedio* (sobre las cuales cfr., además, §19), finalmente, se tendría típicamente una divergencia entre el sujeto vinculado (el juez u otro órgano estatal competente para imponer la sanción), el sujeto "expresamente e intencionalmente" ("*purposely*") susceptible de sufrir un dolor (el delincuente) y el sujeto beneficiario. Este último, en el caso de las normas "sancionadoras" como, por ejemplo, la norma N7, es la colectividad en su conjunto o, en el caso de las normas "resarcitorias" como, por ejemplo, la norma N8, es, directamente, el dañado e, indirectamente, la comunidad en su conjunto[101]:

[101] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 61-62: "In punitory laws the parties bound are the ministers of justice: the party purposely exposed to suffer, the delinquent. The party favoured, the community at large (...) In such laws of the compensative kind (...) the parties are the same". Dos observaciones: (i) Para Bentham no puede haber "vínculo" o "constricción" sin la probabilidad de sufrir un mal, aun cuando el vínculo sea violado. En las leyes "sancionadoras" y "resarcitorias", por tanto, *también* los jueces son susceptibles de sufrir un mal si no las aplican; sin embargo, tal sanción es conminada por *otras* normas, accesorias respecto de las primeras. Cfr. *Of Laws in General*, pp. 140 ss.; (ii) Se nota que el sujeto pasivo de las *normas sancionadoras* o *resarcitorias*, como N7 y N8, es decir, quien o quienes deben sufrir una sanción jurídica por obra del juez, es, al mismo tiempo, el sujeto activo de las correspondientes *normas principales* ("Nadie robe" y "Nadie cause la muerte del ganado ajeno", respectivamente). Normas principales que, en presencia de las correspondientes normas subsidiarias sancionadoras, devienen superfluas, pudiendo ser lógicamente inferidas de estas últimas. Sobre la distinción entre normas accesorias y normas principales, Cfr., además, § 19.

(N7) "El juez ordene que quien haya cometido un robo sea encarcelado";

(N8) "El juez ordene que, quien haya causado la muerte del ganado de otra persona, le pague el doble de su valor".

12.2. Normas jurídicas *in populum*, normas jurídicas *in principem*

Siempre desde la perspectiva de sus destinatarios, Bentham distingue las normas jurídicas "*in populum*" de las normas jurídicas "*in principem*". Las primeras imponen obligaciones a los ciudadanos comunes; las segundas imponen obligaciones al soberano.

Son normas *in principem*, por ejemplo:

(N9) "No aprobaremos ninguna ley que limite la libertad de expresión de nuestros súbditos".

(N10) "Ninguno de nuestros sucesores apruebe alguna ley que limite la libertad de expresión de nuestros súbditos".

N9 ejemplifica aquel particular tipo de norma constitucional que Bentham llama "*royal covenant*" o "*pactum regium*" que, bien vistas las cosas, consistiría en el compromiso que el soberano asume frente a sus súbditos de no emitir leyes limitativas de su libertad de expresión.

N10 ejemplifica, por el contrario, aquel particular tipo de normas constitucionales que Bentham denomina "recomendaciones" ("*recommendatory mandates*"), ya que a través de ellas el soberano actual dirige a sus sucesores la invitación (más precisamente, la recomendación) de no emitir leyes limitativas de la libertad de expresión. Normalmente, observa Bentham, los soberanos emiten normas constitucionales "mixtas": dirigidas a sí mismos y a sus sucesores. Y estos últimos, a su vez, *adoptan* a menudo tales normas, asumiendo frente a los súbditos las mismas obligaciones asumidas por sus predecesores.

La concepción benthamiana de las normas *in principem* incluye algunas tesis de teoría del derecho y de *alta dogmática constitucional* (o, como se suele también decir, de "teoría constitucional") que, por su peculiaridad respecto de elaboraciones del siglo XIX y contemporáneas *en igual materia*, merecen ser brevemente mencionadas.

1. Las normas constitucionales *in principem* son, para Bentham, las verdaderas y propias *normas jurídicas*, según su propia definición de norma

jurídica, tratándose de *preceptos directamente concebidos* por el soberano en un estado[102].

2. Las sanciones que aseguren un grado de eficacia, aunque mínimo, a tales normas —y sin la cuales no serían normas imperativas pues, según Bentham, no hay norma imperativa sin una sanción que le garantice algún grado de eficacia— no pueden ser, *por definición*, sanciones de tipo "político" o "jurídico":

---

102 Cfr., por ejemplo, BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 64: "There remain yet a class of laws which stand upon a very different footing from any of those that have hitherto been brought to view (...) The business of the ordinary sort of laws is to prescribe to the people what *they* shall do: the business of this transcendent class of laws is to prescribe to the sovereign what *he* shall do: what mandates *he* may or may not address to *them*; and in general how he shall or may conduct himself towards them"; Cfr. además el pasaje en la p. 67, nota 35. Este modo de ver contrasta —es necesario advertir— con un pasaje de *Of Laws in General*, p. 16, en el cual Bentham, tratando de las "concessions of privileges" que el soberano pueda haber realizado a favor del pueblo, sostiene que las normas jurídicas emanadas del soberano en violación de tales "concesiones" pueden ser consideradas "*unconstitutional*", pero nunca, por definición, "*illegal*", ya que "concessions of privilege are not mandates: they are neither commands nor countermands: in short, they are not *laws*. They are only promises from the sovereign to the people that he will not issue any law, any mandate, any command or countermand but to such and such an effect (...) They are a sort of treaties with the people. It is not the people whose conduct is concerned in it, but the sovereign himself; in as far as a party can be bound who has the whole force of political sanction at his disposal. The force then which these treaties have to depend upon for their efficacy (...) is the force of the moral and religious sanctions". Se registran entonces, aparentemente, en *Of Laws in General*, dos concepciones antitéticas de las "constitutional laws *in principem*": la primera concepción *niega* que sean normas jurídicas; la segunda lo *afirma*. Entre los estudiosos de la teoría jurídica de Bentham, prevalece la idea según la cual la segunda de las dos posiciones representa el punto final de la reflexión benthamiana sobre el tema. Cfr., por ejemplo, JAMES, M.H., *Bentham on the Individuation of Laws*, en M.H. JAMES (ed.), *Bentham and Legal Theory*, p. 96; BURNS, J.H., *Bentham on Sovereignty: an Exploration*, en *Bentham and Legal Theory*, pp. 141-142; HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, 1967-1982, en Id., *Essays on Bentham*, pp. 239-240. Para los fines de la presente reconstrucción, no interesa cuál de las dos posiciones, totalmente consideradas, sea filológicamente atribuible a Bentham. Interesa detenerse, por el contrario, sobre el modo en el cual Bentham configura la posibilidad de la sujeción del soberano al derecho producido por él mismo.

"La fuerza de la sanción política no es aplicable para tal fin, en virtud de la *proposición* según la cual, *en el territorio controlado por el soberano, no hay nadie que mientras tal poder soberano subsista, pueda juzgar de modo tal de ejercer una coacción sobre el soberano*; sostener lo contrario sería contradictorio"[103]. (Cursivas agregadas).

3. Sin embargo, sostiene Bentham, la eficacia de las normas constitucionales *in principem* se funda —y, en el ámbito de la teoría constitucional, puede ser fundada— sobre sanciones "auxiliares" como las sanciones *religiosas*, impuestas por entidades sobrenaturales o, sobre todo, sobre sanciones *morales*.

Estas últimas serían de dos tipos:

"aquellas que pueden ser infligidas *por los súbditos del estado* [...] actuando fuera de las, y quizás incluso contra las, sanciones que sustentan las obligaciones políticas, en suma, actuando como si estuviesen en un estado de naturaleza, y aquellas que pueden ser infligidas *por un estado extranjero*"[104]. (Cursivas agregadas).

4. De las posiciones apenas expuestas se pueden extraer tres conclusiones a destacar:

La *primera conclusión* concierne a la teoría benthamiana de la obligación jurídica. Bentham distingue, aparentemente, al menos *dos* distintos tipos de *obligación jurídica*. De un lado, están las obligaciones jurídicas que dependen de la existencia de *normas jurídicas* (principales y/o subsidiarias: cfr., además, §19) y de la probable imposición de *sanciones* igualmente *jurídicas* (como se ha visto en §6.2); de otro lado, están las obligaciones jurídicas que dependen de la existencia de *normas jurídicas* (principales) y de la probable imposición de *sanciones* no *jurídicas* (religiosas, morales), ejemplificadas por las obligaciones jurídicas *in principem*[105].

---

103 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 68.

104 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 70.

105 Cfr., además, BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, pp. 493 ss., donde, analizando la tesis de Blackstone según la cual habría un "deber del poder supremo de legislar" ("*the duty of the supreme power to make laws*"), Bentham distingue entre un uso "apropiado", y un uso que es, por el contrario, "figurado" o "impropio" del término "deber".

La *segunda conclusión* concierne a la teoría benthamiana de las normas jurídicas. Hay, para Bentham, *al menos una* clase de normas imperativas —las normas constitucionales *in principem*— que son *jurídicas*, sin que su eficacia dependa de sanciones jurídicas. La presencia de una sanción *jurídica* no es, por tanto, condición necesaria de la *juridicidad* de una norma —en otras palabras, a diferencia de cuanto ha sostenido al contrario Austin (sobre el cual Cfr. cap. II, §§2.3-2.4) con respecto de las normas jurídicas "propiamente dichas", no es una propiedad definitoria del concepto benthamiano de "norma jurídica". Por el contrario, la única condición —suficiente— de la *juridicidad* de una *norma* resulta ser su imputabilidad, directa o indirectamente, al soberano[106].

La *tercera conclusión* concierne, finalmente, al añejo problema, de alta dogmática constitucional, referido a los "límites jurídicos de la soberanía", o bien, se es posible *limitar jurídicamente* el poder soberano[107]. Sobre este punto Bentham sostiene, con el auxilio de la segunda concepción de la obligación jurídica recién mencionada, que el soberano *es* susceptible de vínculos jurídicos (parcialmente autoimpuestos) o, en otros términos, que el soberano no está *conceptualmente* fuera o por encima del derecho positivo —a diferencia, por ejemplo, del "soberano" de Austin (cfr. cap. II, §2.4)[108]—.

---

106 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 67: "It appears then that there are two distinct sorts of laws, very different from each other in their nature and effect: both originating indeed from the sovereign, (*from whom mediately or immediately all ordinances in order to be legal must issue*) but addressed to parties of different descriptions: the one addressed to the sovereign, *imposing an obligation on the sovereign*; the other addressed to the people, imposing an obligation on the people" [cursivas agregadas, ndr]; Cfr., además, p. 196. El carácter concebible y la posibilidad de límites jurídicos al poder normativo soberano es afirmada por Bentham desde *Fragment on Government*, cap. IV, §§23, 34-37, donde reconoce la fuente en una alguna "*express convention*" como las estipuladas entre los soberanos de los estados que componen el Imperio alemán o bien entre las Provincias holandesas, los Cantones suizos y, en el pasado, los estados miembros de la Liga aquea.

107 Cfr., por ejemplo, HART, H.L.A., *The Concept of Law*, pp. 64 ss.; MARSHALL, G., *Constitutional Theory*, pp. 35 ss.; GUASTINI, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, pp. 47 ss.; QUAGLIONI, D., *La sovranità*, con una útil "Bibliografía esencial".

108 Cfr. HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220. ss.; BURNS, J.H., *Bentham on Sovereignty: An Exploration*, pp. 133 ss.

5. Las consideraciones precedentes valen —como Bentham tiene cuidado de precisar— solo para aquellas normas constitucionales que sean *auténticas* normas *in principem*, vale decir, para las normas que versen sobre los comportamientos de quien o quienes sean los *exclusivos* detentadores de la soberanía en un estado. No valen, por el contrario, en caso de que el poder soberano esté *dividido*: una eventualidad que Bentham, a diferencia de Austin, admite pacíficamente[109]. En efecto, en este último caso, normas constitucionales como la norma N9 pueden ser pacíficamente sostenidas por sanciones *jurídicas*:

> "Supongamos —observa Bentham— [...] que hay dos hombres, uno de los cuales posee *todos los poderes* del estado, *salvo que* el otro, en el caso de una acusación pública, hecha según ciertas formas, *tenga el poder de juzgarlo*, incluyendo en este poder cuanto sea necesario para asegurar la ejecución del juicio. Es claro que la soberanía no reside de modo exclusivo en ninguno de los dos hombres, sino conjuntamente en ambos"[110]. (Cursivas agregadas).

Una última observación. La teoría benthamiana de los límites jurídicos al poder normativo del soberano ha sido sometida a críticas penetrantes en la cultura iusfilosófica contemporánea. Herbert Hart, por ejemplo, ha sostenido que hay, al menos, otro modo de concebir los *límites jurídicos* al poder normativo del soberano, además de aquel configurado por Bentham sobre la base de las normas constitucionales *in principem*; modo alternativo que Bentham no habría considerado por no haber logrado "separar las nociones de *ilegalidad* y de *invalidez*".

Bentham, como se ha visto, asocia de modo indisoluble la idea de un *límite jurídico* a un comportamiento con la idea de la imposición de una *prohibición*. Como consecuencia de ello, las normas que inciden sobre la competencia normativa del soberano son configuradas como *normas de conducta*, cuya violación da lugar a un ilícito jurídico, pasible de una sanción.

Sin embargo, la violación de las normas que limitan la competencia del legislador soberano puede también ser entendida de otro modo y, pre-

---

109 Cfr. HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 222-227. Sobre la teoría austiniana de la soberanía Cfr. cap. III, §6.

110 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 68 nota *n*.

cisamente, sostiene Hart, como la inobservancia de normas que establecen las condiciones de validez de las disposiciones legislativas producidas por el soberano. De tal inobservancia sigue la "nulidad" y, en todo caso, la *invalidez* de las disposiciones mismas, independientemente de la ilicitud del acto y de la eventual imposición de una sanción[111].

12.3. Normas generales, normas particulares

Considérese, finalmente, junto con las normas N1-N10, las dos normas jurídicas siguientes:

(N11) "Nadie vaya a la Plaza Bandera el día 12 de octubre de 2099".

(N12) "La señora Crudelia Demón se abstenga de usar el automóvil desde las horas 6:00 a las horas 24:00 del día 12 octubre de 2099".

En la terminología de Bentham, las normas N1-N7 son ejemplos de normas jurídicas *totalmente generales* ("*general throughout*"): se dirigen a *clases* de sujetos activos y conciernen a *clases* de comportamientos ("objetos").

Por el contrario, la norma N12 es *totalmente particular* ("*particular throughout*"), al referirse a un acto determinado de un sujeto activo determinado.

Las normas N8, N9, N10 y N11, finalmente, son normas *parcialmente generales* ("*partly general*"), o bien, *parcialmente particulares* ("*partly particular*"), si bien de formas distintas entre sí, como se puede notar fácilmente.

13. LA FUENTE DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Considérese nuevamente la definición con la que se inicia *Of Laws in General*, según la cual una *norma jurídica* ("*a law*") es:

> "una *combinación de signos declarativos de una voluntad, concebida o adoptada por el soberano en un estado*, concerniente a la conducta que debe ser observada en un *caso* por una persona o por una clase de personas, *que están, o se asume que estén, sometidos a su poder* [...]".

[111] Cfr. HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 227 ss., y en particular, para esta objeción, las pp. 239-242; Id., *Legal Powers*, 1972, en Id., *Essays on Bentham*, pp. 212 ss. Cfr., para la posición de Kelsen, cap. V, § 5.7.

Quien lea este pasaje de modo entrecruzado, por una parte, con la teoría benthamiana de las normas jurídicas y, por otra parte, con las concepciones del derecho circulantes en la cultura occidental moderna y contemporánea, encontrará en él un compendio de modos de pensar habitualmente asociados al *positivismo jurídico*. Aquí se puede leer, en particular:

1. Una concepción voluntarista de las normas jurídicas (*voluntarismo*);
2. Una concepción *estatalista* del derecho (*estatalismo*);
3. Una ejemplificación clara del principio epistemológico de la neutralidad ético-normativa de los conceptos teórico-jurídicos, que constituye una versión epistemológica de la tesis de la *separación entre derecho y moral* (ya mencionada en §7.2).

1. En el pasaje de Bentham se advierte, ante todo, la indubitable adhesión a una *concepción voluntarista* del derecho, cuando se afirma que las normas jurídicas son combinaciones de signos "declarativos de una voluntad".

La *concepción voluntarista* de las normas jurídicas puede ser entendida como una especificación de la *tesis de la artificialidad* del derecho. En términos muy genéricos, la tesis de la artificialidad sostiene que el derecho es un artefacto social, un producto —no importa si voluntario o involuntario, consciente o inconsciente— de la convivencia de una multitud de personas en un espacio y en un tiempo determinados ("*ubi societas, ibi ius*"). El voluntarismo sostiene, en cambio, de un modo más específico, que las normas jurídicas son —y no pueden ser otra cosa sino— el *producto* y/o el *sentido* de *actos de voluntad* de *autoridades normativas*, de individuos que, en el interior de una estructura social, actúan en calidad de *detentadores de un poder normativo*.

Se pueden distinguir dos variantes principales de la concepción voluntarista, que se corresponden con dos conceptos distintos de norma jurídica.

Una primera variante, más rigurosa, sostiene que las normas jurídicas son el producto y/o el sentido de *distintos* actos de voluntad, es decir, de deliberaciones manifestadas *según ciertas formas* (constitución, ley, decreto, sentencia, ordenanza, etc.), *en un tiempo y en un lugar determinados*, por *singulares individuos determinados* (por ejemplo: un monarca legislador, un juez único) o por *colectividades determinadas de individuos* (por ejemplo: una asamblea constituyente, una asamblea parlamentaria, una comisión

legislativa deliberante, un comité de salud pública con poderes normativos, un juzgado colegiado).

Una segunda variante, menos rigurosa, sostiene, por el contrario, que las normas jurídicas son el producto y/o el sentido *sea* de distintos actos de voluntad, *sea* de voluntades manifestadas mediante comportamientos concluyentes (*tácitas* o *por facta concludentia*) e imputables: (a) a *singulares individuos determinados*, (b) a *colectividades de individuos determinados*, o también (c) a *colectividades de individuos indeterminados* —piénsese en las comunidades de individuos que, con sus comportamientos regulares y sus actitudes normativas, crean las normas "no escritas", de tipo consuetudinario[112]—.

La concepción voluntarista adoptada por Bentham, como veremos dentro de poco, es muy cercana a la variante más rigurosa de las dos mencionadas.

---

112 Cfr., por ejemplo., KELSEN, H., *Recht und Logik*, 1965, citado por la traducción italiana, *Diritto e logica*, p. 70: "La norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta ajena; su sentido es un deber y este deber (...) es correlato de un querer. *No hay deber, es decir, norma, sin un querer*, cuyo sentido es este deber. *No hay norma sin una voluntad que la ponga*, es decir, no hay norma sin una autoridad que ponga normas. Una norma es válida, solo si es puesta [por una autoridad, ndr] a través de un acto de voluntad, si es el sentido de un acto de voluntad. Aquí reside su *positividad*. Y solo normas positivas, normas puestas a través de actos de voluntad de hombres, a través de la legislación, la costumbre o el tratado, entran en consideración para una ética como ciencia y para una *ciencia* del derecho"; con respecto a la "voluntariedad" de las costumbres, Cfr., además, Id., *Reine Rechtslehre*, 1960, citada por la traducción castellana, *La teoría pura del derecho*, pp. 23, 262-263: "Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de manera de algún modo igual, *surge* en cada individuo *la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan* [...] Solo cuando tales actos se han sucedido durante cierto tiempo, aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. Así *el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva*, cuyo sentido subjetivo es un deber [...] Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, y, de este modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas impuestas, es decir, normas positivas" (cursivas agregadas).

2. El *estatalismo*, como he señalado antes, es la tesis según la cual el derecho es el producto de aquella particular organización política de una sociedad que es el estado.

También esta segunda tesis positivista encuentra aparentemente una concisa pero inequívoca formulación en el pasaje benthamiano: las normas jurídicas son, en efecto, los signos declarativos de una voluntad, concebidos o adoptados por el "soberano en un estado".

3. El pasaje de Bentham antes citado ofrece, finalmente, una ejemplificación clara del principio epistemológico de la neutralidad ético-normativa de los conceptos teórico-jurídicos —un principio que, como señalaba antes, constituye una versión epistemológica de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral[113]. Este principio impone al filósofo del derecho, al desarrollar indagaciones de jurisprudencia expositiva no-autoritativa, servirse de conceptos no comprometidos con valoraciones fundadas sobre alguna doctrina moral o ideología política. Ahora bien, Bentham define la noción de norma jurídica de un modo tal que la juridicidad de una norma depende exclusivamente de la presencia de propiedades fácticas, susceptibles de un registro empírico. En efecto, en la perspectiva de Bentham, la *condición suficiente* de la juridicidad de una norma se identifica con su imputabilidad —directa o indirectamente— a una voluntad del "soberano en un estado".

---

[113] Sobre esta tesis Cfr., supra, §7.2.1. Para un análisis, reciente y profundo, de la "tesis de la separación (conceptual) entre derecho y moral" Cfr. BAYÓN, J.C., *El contenido mínimo del positivismo*, quien sostiene que con dicha etiqueta se puede referir, de modo no siempre consciente, a las siguientes y distintas tesis: (i) la "tesis", de naturaleza conceptual o definitoria, "de las fuentes sociales" (la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales); (ii) la tesis "de la no-conexión identificativa entre el derecho y la moral" ("nada es derecho por el simple hecho de ser justo"; "nada deja de ser derecho por el simple hecho de ser injusto"), que está implícita en la tesis precedente; (iii) la "tesis del valor moral contingente del derecho" (el contenido de un derecho cualquiera no está necesariamente dotado de valor moral); (iv) la "tesis epistémica de la neutralidad" (es posible describir el derecho de un modo axiológicamente neutral). Cfr., además, COLEMAN, J.L., *Second Thoughts and Other First Impressions*, en B. Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, p. 265; KRAMER, M.H., *Dogmas and Distorsions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus*, pp. 679-680; MORESO, J.J., *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, pp. 37-63; MORESO, J.J., *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*.

Con la adopción de este *criterio, simple* y *formal, de la fuente de producción y/o de imputación*, Bentham rechaza tácitamente los siguientes criterios alternativos de juridicidad.

En primer lugar, Bentham rechaza el criterio *avalorativo* (*wertfrei*), pero *compuesto*, que hace depender la juridicidad de una norma de dos condiciones, disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes:

a) su imputabilidad, directa o indirecta, a una *voluntad del soberano* en un estado;
b) el estar garantizada, desde la perspectiva de la eficacia, por *sanciones jurídicas*, es decir, *imponibles por órganos estatales*.

Las *sanciones jurídicas* son, sin duda, para Bentham, los elementos constitutivos de la parte cuantitativamente más significativa de las normas jurídicas vigentes en un estado (piénsese en las normas dirigidas al "*people at large*", o a algún sector suyo). Sin embargo, para que un "conjunto de signos declarativos de una voluntad" acerca de la conducta que deba ser observada por una persona o por una clase de personas exprese una norma jurídica, no es en absoluto necesario que su eficacia esté garantizada por una sanción *jurídica*, bastando para tal fin la probabilidad, si bien remota, de una sanción no jurídica sino "auxiliar" (religiosa o moral), como se ha visto al tratar las normas constitucionales *in principem*.

En segundo lugar, Bentham rechaza cualquier *criterio* de juridicidad *sustancial y ético-político*: cualquier criterio que haga depender la juridicidad de una norma de su conformidad con principios morales y/o políticos — con base en los cuales, por ejemplo, una norma es jurídica si y solo si es el producto de una *justa* voluntad del soberano en un estado, entendiendo con esto una voluntad cuyo sentido esté conforme al principio de utilidad, o bien a los dictámenes de la teología moral cristiana, o bien a los principios del tao, etc.

Puesta esta premisa, surgen dos interrogantes a las cuales una teoría "razonablemente satisfactoria" de las normas jurídicas no puede sustraerse.

Primera interrogante: ¿qué cosa es, para Bentham, el "soberano en un estado"?

Segunda interrogante: ¿de qué modo las normas del derecho de un estado pueden ser *imputadas* a la voluntad del soberano sin recurrir a ficciones? O, más precisamente, ¿en qué condiciones se puede afirmar que

una norma sea jurídica en cuanto "concebida" o "adoptada" por el soberano en un estado?

Bentham afronta expresamente estos problemas con la acostumbrada agilidad intelectual. Veamos brevemente con qué resultados.

13.1. La noción de soberano

En una de las obras más afortunadas de la literatura iusnaturalista moderna, el *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (El deber del hombre y del ciudadano según las leyes naturales) [1673], Samuel Pufendorf caracteriza al *soberano*, en cuanto detentador de la "suprema autoridad civil" (*summum imperium civile*), en los siguientes términos:

(a) El *soberano* es el *sumo superior político* de un estado;

(b) En cuanto *superior*, el soberano posee, a su vez, la *fuerza* y la *legítima autoridad* de imponer obligaciones a quienes son sus subordinados:

"Una obligación —escribe Pufendorf[114]— es introducida en la *mente* de un hombre por un *superior*, es decir, por quien tiene no solo la *fuerza de infligir un mal* al recalcitrante, sino también *una causa justa* de requerirnos de limitar nuestra libertad a su discreción" (cursivas agregadas).

(c) En cuanto superior *político*, el soberano —como sea que haya llegado a ser tal: por libre consenso de su pueblo o con la fuerza de las armas como consecuencia de una guerra justa— goza de un poder dotado de una particular sacralidad, que le es conferida por el derecho natural, de modo que:

"es *moralmente errado* para los ciudadanos resistir a los *legítimos mandatos* del soberano [es decir, a sus mandatos *en general*, excepción hecha para aquellos que sean *manifiestamente incompatibles* con el derecho divino, ndr]. Y en cada caso, su severidad debe ser pacientemente soportada por los ciudadanos, del mismo modo en el cual los buenos hijos deben soportar el mal humor de sus padres. Y también cuando el soberano los haya amenazado con los males más atroces, los individuos deberán protegerse *con la fuga*, o bien soportar cada mal, antes que desenvainar sus espadas

[114] PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673, tr. ingl. *Of the Duty of Man and Citizen*, I, 2.5.

contra quien permanece por siempre como el padre de su país, por más cruel que pueda ser"[115]. (Cursivas agregadas).

Considérese ahora la noción benthamiana de soberano:

"Ahora, por *un soberano* —afirma Bentham[116]— entiendo *una persona o un conjunto de personas* a cuya voluntad se supone que una entera *comunidad política* esté *dispuesta* (no importa por qué motivo) *a prestar obediencia*; ello, con preferencia de cualquier otra persona". (Cursivas agregadas).

"Es evidente —añade Bentham[117]— que *en los hechos* (lo único a lo que me atengo) la soberanía sobre algún individuo determinado es una cosa que puede configurarse de modos muy distintos y está en continua fluctuación. La sujeción depende, en su inicio, del nacimiento, pero su persistencia (*continuance*) depende de miles de factores accidentales. En los hechos, un hombre está *sometido a cada soberano que esté en capacidad de hacerlo sufrir:* en la persona (es decir, en el cuerpo o en la mente), en la reputación, en los bienes o en la condición".

El contraste de la noción benthamiana de soberano respecto de aquella de Pufendorf no podría ser más claro.

Pufendorf define una noción de "soberano *legítimo*": un soberano que *tiene el derecho* —no solo *jurídico*, sino también *moral*— a la obediencia casi incondicionada de sus súbditos. Se trata, en particular, de una *noción ético-política*, ligada, como aparece en las pocas alusiones precedentes, a una doctrina

---

115 PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis*, II, 9.1-4, 12.8.

116 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 18: "Now by a sovereign I mean any person or assemblage of persons to whose will a whole political community are (no matter on what account) supposed to be in a disposition to pay obedience: and that in preference to the will of any other person". Sobre la teoría benthamiana del soberano Cfr. BURNS, J.H., *Bentham on Sovereignty: an Exploration*, pp. 133-150, donde transita por las diversas fases, desde la primera formulación en *Fragment on Government* [1776] hasta la posición asumida en *Constitutional Code for all Nations professing Liberal Opinions* [1832], que es una posición ético-normativa de adhesión a la doctrina de la soberanía popular; HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220-242, donde la teoría benthamiana —como resulta de *Fragment on Government* y de *Of Laws in General*— es comparada con las teorías de Blackstone y Austin, y valorada a partir de las ideas en el tema de los límites jurídicos al poder soberano.

117 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 20, nota *d*; Cfr, además, pp. 19-20, 298 nota *a*.

de las (correctas) condiciones de legitimidad del poder político y, correspondientemente, a una doctrina de la obligación política y de la resistencia a los gobiernos tiránicos —cuya única forma legítima consiste aparentemente, además de la fuga, en una resistencia puramente interior (en *foro interno*)—.

Por el contrario, la noción delineada por Bentham es una *noción iussociológica, empírica* y *avalorativa.* Si, sobre la base de ella, alguien afirmase, por ejemplo, que:

(*A*) "Rex es el soberano en la comunidad política de Freedonia".

Una afirmación así no implicaría algún *juicio* —alguna valoración— *moral* acerca de la obligatoriedad ético-normativa de las normas producidas por Rex para sus súbditos. Se trataría, por el contrario, de un *juicio de hecho*, cuyo contenido —también a la luz de lo que Bentham sostiene en otros pasajes de *Of Laws in General*, y en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*— puede ser precisado grosso modo como sigue.

Ante todo, la afirmación *A* puede traducirse sin pérdida de significado en la afirmación, menos genérica, según la cual:

(*A'*) "Rex es el detentador del poder supremo de producir normas jurídicas en la comunidad política de Freedonia".

El poder *supremo* de producir normas jurídicas es entendido por Bentham como un poder normativo *de hecho*: un poder de producir normas que, al menos en su origen, no está adscrito ni es (conceptualmente) adscribible por alguna norma positiva. Consiste en la capacidad, por parte de Rex, de influir sobre la *voluntad* de los miembros de la comunidad política (lo que Bentham denomina "*power of imperation*": literalmente, poder de mandar) y, por tanto, sobre sus acciones, mediante la emisión de prescripciones acompañadas de la prefiguración de un futuro sufrimiento (por la inobservancia) o una futura recompensa (por la observancia). Este poder de mandar depende, a su vez, de una multiplicidad de factores. Entre ellos resalta la capacidad de infligir sufrimientos físicos a los súbditos. Bentham denomina este poder "*power of contrectation*", poder de disposición o también "*autocheiristic power*" o "*impressive power*", subrayando que quien sufre un mal es tratado como una cosa en las manos de quien lo inflige[118].

[118] "Power of contrectation is [...] in public dominion, the power of the soldier over the persons [...] of those whom he is commanded or allowed to treat as enemy; of

Ambos poderes del soberano "en un estado constituido", reposan sobre la "sumisión y obediencia de la población"[119].

Teniendo esto en cuenta, *A'* expresa una proposición apofántica —que puede ser empíricamente verdadera o falsa y es verdadera si, y solo si, es verdadera una afirmación más o menos con el siguiente tenor:

(*A'*1) Si Rex produjera directamente o indirectamente normas, según ciertas modalidades de producción, tales normas serán probablemente observadas por los miembros de la comunidad política de Freedonia conjuntamente considerada, y esto a causa de variados factores motivadores, entre los cuales es necesario incluir, ante todo, la *sujeción* de la comunidad de los Freedonianos a las sanciones políticas conminadas directamente o indirectamente por Rex, es decir, la exposición de los Freedonianos a los males planteados por Rex como consecuencia de la violación de sus normas.

Así, respetando el principio epistemológico de la neutralidad ético-normativa de los conceptos teórico-jurídicos, Bentham ha definido la noción de soberano, en cuanto supremo productor de normas jurídicas en una comunidad, en términos que excluyen cualquier juicio de valor ético-normativo. Para identificar al soberano de una "comunidad política" es necesario hacer referencia, como se ha visto, a dos *hechos sociales* complejos.

1. En primer lugar, el hecho (que Hart configura como) *artificial*, que consiste en la *disposición*, a menudo habitual, de una población (por ejemplo, el pueblo de Freedonia) a obedecer preferentemente las normas producidas, directa o indirectamente, por un cierto individuo o grupo de individuos determinados (por ejemplo: Rex). Esta disposición —destaca Bentham— puede, sin embargo, ser (a) cambiante en el tiempo y (b) limitada de hecho solo a las normas que tengan un cierto contenido, en virtud de la adhesión de los súbditos a ciertas doctrinas morales o religiosas.

---

the executioner or other inferior ministers of justice over the persons and properties of those who come under the control or censure of the law" (BENTHAM, J. *Of Laws in General*, p. 138 nota h).

119 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 18-20, texto y nota b, 137-139, texto y nota *h*; Id., *Fragment on Government*, Cap. IV, § 35: "By what it is that any degree of *power* (meaning *political power*) is established? It is neither more or less [...] than a habit of, and disposition to, obedience: *habit*, speaking with respect to *past* acts; *disposition*, with respect to *future*".

"Ahora esta disposición —observa Bentham[120]— puede admitir, como es obvio, innumerables variaciones —y esto, incluso, cuando sea constante; además, puede cambiar de día en día—. La población puede estar dispuesta a obedecer las órdenes de una persona, incluso contra el mundo entero, en relación con un cierto tipo de actos, y a aquellos de una persona distinta, en relación a un distinto tipo de actos [...] puede estar dispuesta a obedecer a una persona si esta *ordena* un cierto tipo de actos; pero puede no estar dispuesta a obedecerla, si *veta* este mismo tipo de actos. En algunos de estos casos, agudo debe ser el ojo para poder percibir las indebidas interferencias (*encroachments*) [del soberano, ndr], y resoluta debe ser la mano para poderlas resistir, y que pueda manifestar a la fuerza del poder soberano, "Tú llegarás hasta aquel punto y no más allá". Cosas de este tipo pueden ser siempre realizadas en nombre de la religión, en las monarquías más absolutas, como en las más libres de las repúblicas. Los hebreos habrían hecho cualquier cosa por Antíoco, salvo comer carne de cerdo. Los protestantes exiliados habrían hecho cualquier cosa por Luis [XIV], excepto ir a misa. Los católicos británicos obedecerían cualquier ley del Parlamento británico, pero no una ley que les prohibiese ir a misa".

2. En segundo lugar, el hecho (que Hart configura como) *natural*, que consiste en la disponibilidad, por parte de algunos individuos, de la *fuerza física* necesaria para imponer a los transgresores las sanciones conminadas —lo que Bentham llama, como se ha visto, "poder de disposición" ("*power of contrectation*")[121]—.

En conclusión: (1) Bentham configura el poder normativo soberano como un poder de hecho, que subsiste en una colectividad política, si y solo si, subsiste una disposición preferencial a obedecer las leyes del soberano (tal disposición, precisa Bentham, es "la causa constituyente" del poder del soberano[122]), cuya disposición depende, a su vez, típicamente, del poder de disposición del soberano, de su efectiva capacidad de tratar a los súbditos como cosas, como cuerpos inanimados; (2) el poder normativo del soberano es susceptible de encontrar límites, igualmente fácticos, constituidos por la eventual disposición de los súbditos a *no* observar algunas de sus normas (en

120 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 18 nota *b*.

121 Cfr. HART, H.L.A., *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220-222.

122 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 139 nota h.

razón de su contenido o de su forma), corriendo, de ser el caso, el riesgo de sufrir las sanciones planteadas por él; (3) el poder normativo soberano, en cuanto poder de hecho, puede ser ejercido por el soberano para producir *normas constitucionales* que impliquen la juridificación, en relación con su contenido y/o a su modalidad de ejercicio; ello lo transforma en un poder de derecho, en el "derecho" ("right") de mandar; en consecuencia, (4) el poder normativo soberano puede también ser sometido a límites jurídicos, bien derivados de las normas constitucionales *in principem*, cuando se trate de un poder indiviso, o bien derivados de adecuadas normas de garantía, cuando tal poder esté, por el contrario, dividido entre dos o más órganos supremos (Cfr., supra, §12.2).

Por lo tanto, en la teoría de Bentham, la existencia de un sistema jurídico positivo —para usar una terminología corriente— depende, es necesario subrayarlo, de la existencia de un *poder coercitivo de hecho*, a cargo de un conjunto de personas determinadas, respecto del cual subsiste una disposición preferencial a la obediencia por parte de una colectividad determinada. El factor explicativo de la existencia de los sistemas jurídicos se resuelve, entonces, en una *relación de dominación* ("dominion") entre un grupo dominante (el soberano y sus auxiliares) y un grupo de dominados. En tal perspectiva, las normas —comenzando con las normas constitucionales— arriban *luego*, como lo sugiere el antiguo brocardo *ex facto ius oritur*.

La teoría del derecho contemporánea, como veremos al hablar de Kelsen y de Hart, seguirá un camino algo distinto acerca del "fundamento" de los sistemas jurídicos positivos: un camino en el cual la relación de dominación se tiende a diluir en la penumbra, dejando el centro de la escena sea a una *norma fundamental* hipotética o ficticia, por lo demás parasitaria respecto a la eficacia y a la capacidad de coerción de los ordenamientos jurídicos (Kelsen, sobre el cual cfr., además, cap. V), sea a una *regla de reconocimiento* consuetudinaria (Hart).

13.2. Normas concebidas, normas adoptadas (normas soberanas, normas subordinadas)

El soberano de un estado, sostiene Bentham, es la fuente de *todas* las normas jurídicas de aquel estado.

El soberano, como se ha sugerido muchas veces en los parágrafos precedentes, no es, en cambio, la fuente *inmediata* o *directa* de *todas* las normas

jurídicas. Desde esta perspectiva, Bentham distingue dos tipos de normas: las "normas concebidas" o normas *soberanas*, y las "normas adoptadas" o normas *subordinadas*. Son normas *concebidas* las normas que el soberano produce directamente. Son, por el contrario, *normas adoptadas* las directamente producidas por sujetos distintos del soberano, a los cuales este último atribuye (diríamos hoy) "validez jurídica", es decir, la calidad de ser normas jurídicas.

Bentham examina la adopción de normas por parte del soberano desde cuatro aspectos: el aspecto *temporal* (tiempo de la adopción), el aspecto *personal* (sujetos que han producido originariamente las normas adoptadas), el aspecto del "grado de fuerza" vinculado a la adopción, y el aspecto *formal*, de las modalidades de adopción.

1. Según el aspecto temporal, es decir, concerniente al momento en el que la norma adoptada es producida, la adopción puede ser sucesiva o preventiva.

La adopción sucesiva —o mediante "recepción" ("*susception*")— tiene por objeto normas ya producidas ("*laws in actu*") por el soberano precedente o por sus delegados. La recepción puede ser *tácita* o *expresa*. En el primer caso, el soberano se limita a no producir alguna norma incompatible con aquellas producidas por sus predecesores y sus subordinados. En el segundo caso, en cambio, el soberano recibe la norma precedente emitiendo una adecuada "norma de recepción" ("*adopting mandate*"). La recepción expresa puede resultar oportuna cuando entre los súbditos surjan dudas acerca de la "continuidad" de las normas del soberano precedente; en tales casos, la norma de recepción es una *norma sobrevenida iterativa* (Cfr., además, §16).

La adopción preventiva —o "preadopción" ("*pre-adoption*")— consiste, por el contrario, en conferir un poder normativo ("*the power of imperation and/or de-imperation*") a ciertos individuos o clases de individuos, los cuales, en virtud de tal otorgamiento, actúan como "nomotetas subordinados" ("*subordinate power-holders*"). De esta manera, el soberano atribuye el valor de normas jurídicas a las normas que serán producidas por los nomotetas subordinados, según las modalidades y en las materias indicadas por las normas de delegación.

Para este efecto, Bentham distingue entre el otorgamiento de un poder normativo "a título de beneficio" ("*beneficial*") y "a título fiduciario" ("*fiduciary*").

El *otorgamiento a título de beneficio* confiere al nomoteta subordinado un poder normativo para ejercerlo en *su exclusivo interés*; piénsese en el otorgamiento a los particulares de los poderes de autonomía privada, consistentes en celebrar contratos o en disponer de bienes propios por testamento.

El *otorgamiento a título fiduciario*, por el contrario, confiere al nomoteta subordinado un poder normativo para ejercerlo en *interés de terceros*. Si se trata del interés de individuos determinados (menores, interdictos, etc.), el poder normativo fiduciario es *privado*; si se trata, en cambio, de un poder normativo a ser ejercido en interés de la comunidad en su conjunto, el poder fiduciario es "público" o "constitucional" —como, por ejemplo, el poder de los jueces de decidir controversias y producir las normas, individuales y eventualmente generales, inherentes a tal actividad[123]—.

De modo coherente con este planteamiento (compartido, como veremos, también por Kelsen), Bentham distingue, por tanto, entre *magistrados privados* —empleadores, padres, maridos, tutores— y *magistrados públicos*:

> "Las normas del empleador, del padre, del marido, del tutor, son todas normas del soberano; si no lo son, entonces no son tales ni siquiera las normas del general o del juez [...] Si a alguien le resulta difícil concebir

[123] Una distinción ulterior, relevante para dar cuenta de la teoría benthamiana de la delegación de poderes normativos a detentadores subordinados, es la distinción entre el poder normativo *de classibus* ("power of general legislation", "power of imperating *de classibus*"), por una parte, y el poder normativo *de singulis* ("power of enacting particular laws"), por la otra. Para tal propósito, Bentham sostiene (*Of Laws in General*, pp. 80 ss.): (i) que se trata, contrariamente a un difundido modo de ver, de dos poderes distintos, ya que el ejercicio del primer poder, típicamente efectuado por el soberano o por quien tiene parte de la soberanía, no implica totalmente el ejercicio del segundo poder; (ii) que el poder normativo *de singulis* constituye, en realidad, el objeto de actos específicos de delegación, de normas mediante las cuales el soberano atribuye a ciertos sujetos —y de modo particular a los jueces— un poder semejante; (iii) que el ejercicio del poder normativo *de singulis* no se agota del todo, contrariamente a un difundido modo de ver, en la mera *deducción* de normas particulares, a partir de normas generales preexistentes, ahí donde existan; (iv) que el ejercicio del poder normativo *de singulis* tiene por resultado, por el contrario, la *creación de normas individuales*, que son normas distintas de las normas generales eventualmente aplicadas, y fruto de decisiones (diríamos hoy) "semánticas" acerca de la inclusión (*aggregation*) —o no inclusión— de individuos singulares en las clases de sujetos y de actos identificadas de manera abstracta en las normas generales.

una cosa del género, solo debe imaginar que las normas en cuestión encuentran la resistencia de sus destinatarios; en un caso, como en otro, la tarea de hacerlos valer no puede corresponder, en última instancia, sino al soberano. Y no hay alguna ficción en esto; si la hubiese, este es el último lugar en el cual debería encontrarse"[124].

2. En lo concerniente "al grado de fuerza que una norma adquiere en virtud de la adopción", este puede variar, según Bentham, entre el grado mínimo, correspondiente al "nudo permiso" ("*bare permission*") y el grado máximo, determinado por una acumulación de normas punitivas y procesales.

El *nudo permiso* se tiene cada vez que el nomoteta subordinado:

"no es destinatario de una norma que le prescriba *no* emitir la norma subordinada en cuestión. De modo que el rol desempeñado por el soberano es [...] puramente negativo. Y no merecería la pena [...] considerar al soberano como quien desarrolla alguna parte en todo esto [...] *si no fuese que le es posible asumir la posición contraria; un rol que, de hecho, asume frente a la mayor parte de los otros miembros de la comunidad*"[125].

La última frase de la cita arroja luces, aparentemente, sobre la naturaleza del "nudo permiso" de Bentham; en particular, sobre la cuestión si se trata, en el léxico de Georg Henrik von Wright, de un *permiso débil* ("*weak permission*") o bien de un *permiso fuerte* ("*strong permission*").

"De los actos que han sido *sometidos a una norma* —sostiene von Wright[126]— algunos son *permitidos*, otros *prohibidos*, otros *ordenados*. Aquellos actos que no han sido sometidos a una norma son *ipso facto* no prohibidos [...] Se dirá que un acto está *permitido en sentido débil* cuando no esté prohibido, y se dirá que está *permitido en sentido fuerte* cuando no esté prohibido, pero esté sometido a una norma. Los actos que están permitidos en el sentido fuerte, lo están también en el sentido débil, pero no necesariamente, viceversa.

---

124 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 22-23; Cfr., además, análogamente, KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 104 ss.; Id., *La teoría pura del derecho*, pp. 144 ss., 229 ss.; sobre el cual Cfr. cap. V, § 5.

125 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 27.

126 VON WRIGHT, G.H., *Norm and Action*, p. 86; Cfr. para la posición kelseniana sobre el tema cap. V, §5.6.

> En términos aproximativos, un acto está *permitido en sentido fuerte* si *la autoridad ha considerado su estado normativo y decide permitirlo*. Pero no debe entenderse que esto significa que la autoridad es necesariamente consciente de haber permitido el acto. El permiso puede también ser una *consecuencia lógica* de las normas que ha emitido [...]
> Un permiso débil no es un carácter de las normas independiente. Los permisos débiles no son en absoluto prescripciones o normas. Solo un permiso fuerte es un carácter de las normas".

Aparentemente, von Wright distingue dos tipos de permisos en sentido fuerte:

(*1*) Los *permisos en sentido fuerte explícitos*, que son introducidos por una autoridad normativa mediante la producción de normas permisivas *explícitas* —que se puede configurar, por ejemplo, como el significado de disposiciones constitucionales o legislativas—;

(*2*) Los *permisos en sentido fuerte implícitos*, que dependen, en cambio, de normas permisivas implícitas, de las cuales la autoridad podría también "no ser consciente", pero le resultan imputables, por ejemplo, en cuanto que lógicamente se pueden derivar de normas explícitas[127].

A la luz del pasaje de Bentham antes citado, los *nudos permisos* podrían pues ser configurados, alternativamente: (a) como permisos en sentido débil, o bien (b) como permisos en sentido fuerte *implícitos*, deducibles sea de los comportamientos concluyentes del soberano, que consiste en no prohibir ciertos actos nomotéticos pudiéndolo hacer, sea *a contrario* de las normas con las cuales el soberano haya prohibido *aquellos mismos actos nomotéticos* a la mayor parte de los otros miembros de la comunidad. Esta última hipótesis parece preferible —como conjetura, naturalmente— a la luz de la teoría benthamiana, conjuntamente considerada.

Más allá de los nudos permisos, en cambio, se tienen grados progresivamente superiores de fuerza cuando el soberano emite:

> "una norma que permita al nomoteta subordinado ("*subordinate power-holder*") castigar con sus manos a la parte destinataria del precepto en caso

---

127 Por ejemplo, dadas las normas explícitas: (N1) "Permitido escuchar música mientras se labora", (N2) "Obligatorio laborar desde las 6 horas hasta las 16 horas de cada día", se deduce lógicamente de estas la norma permisiva implícita: (N3) "Permitido escuchar música desde las 6 horas hasta las 16 horas de cada día".

de desobediencia [...] una norma que permita a otros prestar asistencia en la imposición de dicha pena [...] una norma que ordene a otros prestar asistencia, etc." [128].

3. Por cuanto concierne, finalmente, a los modos en los que el soberano puede conferir preventivamente el ejercicio de un poder normativo a nomotetas subordinados, Bentham distingue aparentemente tres hipótesis:

(a) El "nudo permiso" conferido mediante una *norma permisiva implícita*, que introduce un *permiso fuerte implícito* (según la lectura antes sugerida);

(b) La producción de una *norma permisiva explícita* ("positiva"), dirigida inmediatamente al legislador subordinado, que les permite (en sentido fuerte) emitir las normas que el soberano se propone adoptar (por ejemplo: "los consejos regionales están autorizados para regular la actividad deportiva de los residentes");

(c) La producción de una *norma imperativa*, que prescriba a una persona, o a una clase de personas, obedecer las normas que serán emitidas, en una cierta materia y con ciertos procedimientos, por el nomoteta subordinado contextualmente indicado (por ejemplo: "los residentes deben observar las disposiciones sobre la actividad deportiva emanadas de los consejos regionales") [129].

Bentham considera que estos últimos dos modos de conferir un poder normativo son del todo equivalentes desde el punto de vista del resultado, y que la fuerza de ambos tipos de *norma de competencia* [130] depende de la emanación de normas subsidiarias corroborativas (sobre las cuales Cfr., además, §18).

14. NORMAS IMPERATIVAS, NORMAS NO-IMPERATIVAS

Una norma jurídica, sostiene Bentham, es:

"una combinación de signos *declarativos de una voluntad*, concebida o adoptada por el soberano en un estado, *concerniente a la conducta* que *debe*

---

128 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 27.

129 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 27-28.

130 Sobre las normas de competencia Cfr., por ejemplo, GUASTINI, R., *Distinguendo*, pp. 251 ss.; FERRER BELTRÁN, J., *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*; además, cap. II, § 8.4.; cap. V, § 5.7.

ser observada [...] por una persona o por una clase de personas, que en el caso en cuestión están, o se supone que están, *sometidas a su poder*. Esta voluntad confía su propia realización en la *expectativa de ciertos eventos* respecto de los cuales la declaración misma se entiende que deba constituir una *condición* de su verificación, y la *posibilidad* de los cuales se entiende que deba actuar como un *motivo* sobre aquellos de cuya conducta se trata".

Desde una lectura literal, este pasaje parecería sugerir que, para Bentham, hay *un solo tipo* de normas jurídicas: las normas que prescriben lo que *se debe* hacer, es decir, las *normas imperativas* o *imperativos*[131].

En otras palabras, literalmente entendido, el pasaje sugeriría que las normas jurídicas son conjuntos de signos expresivos "declarativos" (o "indicativos") de un único tipo de voluntad: de una voluntad que *ordena* o *prohíbe* comportamientos, y establece sanciones por la violación de las órdenes y de las prohibiciones. Una conclusión así parece reforzada también por varios otros pasajes de *Of Laws in General*[132]. En tal sentido, ¿Bentham no es quizás un exponente paradigmático del imperativismo?

Más allá de la definición de norma jurídica con la que se inicia *Of Laws in General*, y cualquiera que sea la "correcta" lectura a la luz de toda la teoría benthamiana, la posición de Bentham aparece, sin embargo, más articulada.

Bentham considera —no hay, al respecto, ninguna duda— que *desde un punto de vista funcional* las normas imperativas constituyen el elemento esencial e imprescindible del derecho positivo. ¿Para qué otra cosa serviría el derecho? ¿Cuál sería su *utilidad* social si no contuviese normas *imperativas* que guíen los comportamientos de los ciudadanos comunes (y/o de los

---

131 Esta tesis interpretativa es acogida, por ejemplo, por RAZ, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, pp. 59, 76-77. Sostienen lo contrario: HART, H.L.A., *Bentham's* Of Laws in General, 1971-1982, en Id., *Essays on Bentham*, pp. 110 ss.: "From the outset —afirma Hart— Bentham insists that his readers should appreciate that this definition of law as an expression of the will is much wider than the term "law" in ordinary language (...) it also includes measures which repeal or make exceptions to existing laws, which are of the nature of countermand rather than command"; además, destacando aparentemente el carácter parasitario de las normas permisivas respecto de las normas imperativas, JAMES, M.H., *Bentham on the Individuation of Laws*, en M.H.JAMES (ed.) *Bentham and Legal Theory*, pp. 97 ss.

132 Cfr., por ejemplo, BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 54.

órganos jurídicos) en virtud de la presión ejercida por sanciones jurídicas o políticas, en última instancia imponibles por el soberano?

Bentham, sin embargo, considera —de modo igualmente inequívoco— que el derecho puede estar, y de hecho está, constituido también por *normas jurídicas* de distinto tipo, que son expresión de voluntad de diverso tipo y, señaladamente, por aquellas otras normas que denomina "no-imperativas", "no-coercitivas", "no-directivas".

Además —y este es un punto sintomático de un imperativismo no radical sino moderado— Bentham considera que las normas no-imperativas desarrollan, y pueden desarrollar, un rol importante en la regulación jurídica de los comportamientos, a pesar de que el propio Bentham sugiera que tales normas son típicamente *subsidiarias* (en cuanto a sus funciones) y *parasitarias* (en cuanto a su eficacia), respecto de las normas imperativas (como se verá en §17).

Con esta premisa, Bentham elabora la distinción entre normas imperativas y normas no-imperativas —prenunciada desde el primer capítulo de *Of Laws in General*, en el cual contrapone los "*commands*" a los "*countermands*"— tratando los distintos *aspectos* ("*aspects*") que puede asumir la voluntad de una autoridad normativa respecto de un comportamiento o de una clase de comportamiento. Veamos brevemente cómo.

Considérense las cuatro normas jurídicas siguientes:

(N1) "Todos los ciudadanos porten armas"

(N2) "Ningún ciudadano porte armas"

(N3) "Los ciudadanos pueden abstenerse de portar armas"

(N4) "Los ciudadanos pueden portar armas".

La norma N1 es una norma de "mandato": ordena a los ciudadanos tener el comportamiento *comisivo* (positivo, activo: "*active*") consistente en portar armas.

La norma N2 es una norma prohibitiva, de "prohibición": impide a los ciudadanos el comportamiento comisivo consistente en portar armas —o, contrariamente, les ordena el comportamiento *omisivo* (negativo, pasivo: "*passive*"), que consiste en abstenerse de portar armas. Por tanto, advierte Bentham, mandatos y prohibiciones son normas inter-convertibles (*intercambiables*):

pueden ser convertidas la una en la otra, transformando el comportamiento comisivo en omisivo y viceversa.

La norma N3 es una norma de "no-mandato": permite a los ciudadanos tener el comportamiento omisivo que consiste en abstenerse de portar armas.

Finalmente, la norma N4 es una norma permisiva, de "no-prohibición" o "permiso": permite a los ciudadanos tener el comportamiento comisivo que consiste en portar armas.

Así, los "aspectos" que la voluntad nomotética puede asumir respecto de un mismo acto son cuatro, a los que corresponde cuatro distintos tipos de normas jurídicas.

Las normas de los primeros dos tipos —ejemplificados por el mandato N1 y por la prohibición N2— son normas "imperativas", "directivas", "obligatorias" o "coercitivas", las cuales reflejan la decisión del nomoteta (normalmente, el "legislador") de producir normas que "influyan" sobre la conducta de los destinatarios, incidiendo sobre su libertad de autodeterminación.

Las normas de los últimos dos tipos —ejemplificados por el no-mandato N3 y por el permiso N4— son, por el contrario, normas (inmediatamente) "no-imperativas", "no-directivas", "no-obligatorias" o "no-coercitivas", las cuales reflejan la decisión del nomoteta de asumir una actitud "neutral" respecto a la conducta de los destinatarios: de no "influir" sobre ella, delimitando su libertad de autodeterminación.

En el léxico actual de la teoría del derecho, los "aspectos de la voluntad" identificados por Bentham constituyen, como he anticipado, otras tantas *modalidades deónticas* o *calificaciones normativas de los comportamientos*, o bien —en la terminología de Georg Henrik von Wright—, *caracteres normativos* y, precisamente, los cuatro caracteres *ordenado*, *prohibido*, *no-ordenado* (o *facultativo*) y *permiso* (en sentido estricto).

15. LA "LÓGICA DE LA VOLUNTAD": FRAGMENTOS DE LÓGICA DEÓNTICA BENTHAMIANA

Con la locución *lógica deóntica* se puede designar, en términos completamente genéricos aquel sector de investigaciones en el ámbito de la lógica contemporánea, en el que se indaga *si* y *qué* relaciones, conformadas sobre *qué* reglas y/o principios *lógicos* (de la lógica clásica y/o de otras lógicas), se

puedan configurar, sea mediante el análisis de los modos de razonar corrientes, sea mediante la construcción de sistemas lógicos ideales:

1. entre las "normas" ("*norms*", "*Normen*"), entendidas como proposiciones prescriptivas, ni verdaderas ni falsas —en cuyo caso la lógica deóntica consiste en una investigación de *lógica de las normas*—.
2. entre las "proposiciones normativas" ("*normative statements*", "*Sollsätze*"), entendidas como proposiciones descriptivas, verdaderas o falsas, que se refieren o que atañen a normas —en cuyo caso la lógica deóntica consiste en una investigación de *lógica de las preposiciones normativas*—.

En relación con las relaciones lógicas entre *normas*, algunos de los problemas que han enfrentado quienes se han ocupado de la lógica deóntica en los últimos cincuenta años son los siguientes:

a) problemas de teoría de las figuras de calificación normativa de los comportamientos ("obligatorio", "prohibido", "permitido", "facultativo", "indiferente", "autorizado", "competente", "incompetente", "ilícito", etc.)[133];

[133] Por otra parte, según Von Wright, los problemas de teoría de las calificaciones normativas de los comportamientos, cuando se trate de determinar el significado de términos como "obligatorio", "prohibido", "permitido", etc., pertenecerían, más precisamente, a la "semántica del lenguaje normativo": Cfr. VON WRIGHT, G.H., *Introduzione*, en G. DI BERNARDO (ed.), *Logica deóntica e semántica*, p. 35. Al tratar las figuras de calificación normativa de los comportamientos, un lógico deóntico procede a menudo de la siguiente manera: (a) identifica un conjunto de calificaciones normativas como "relevantes"; (b) eleva una de ellas a un términos, y concepto, "primitivo", esto es, no definido y utilizable para definir los restantes; (c) define las otras calificaciones normativas sobre la base de la calificación primitiva; (d) identifica cualquier estructura estándar de las normas, que formula adoptando y/o adaptando la simbología de cualquier sistema lógico formal, por ejemplo, "Op", "Pp", "¬P(¬p)", que se corresponden con las normas "Obligatorio p", "Permitido p", "Vetado non-p", donde "p" vale para cualquier clase de comportamientos; "(x) (Cx → OTx)", que se corresponde con una norma general según la cual "Para todos los x, si x es C, entonces x debe T" y constituye, por ejemplo, la forma lógico-formal de una norma como: "Los ciudadanos deben contribuir con los gastos públicos"; "C → S", que igualmente se corresponde con alguna norma general, etc.; (e) construye modelos de las relaciones lógicas entre las normas, en la perspectiva de las respectivas calificaciones normativas.

b) problemas de teoría de las inferencias normativas ("directivas" o "deónticas") —que consisten, en particular, en preguntarse *si* y *cuales* reglas de inferencia "se aplican" (en algún sentido de "aplicarse") a las normas;
c) problemas de teoría de los conflictos normativos —que consisten, en particular, en preguntarse *si* una antinomia es —o pueda, al menos, ser asimilada a— una contradicción lógica entre dos proposiciones apofánticas[134].

Se considera que la lógica deóntica tiene "una fecha de nacimiento bastante precisa": el año 1951, en el cual fue publicado el ensayo *Deontic Logic* de Georg Henrik von Wright [1916-2003], el filósofo finlandés, alumno y sucesor de Ludwig Wittgenstein [1889-1951] en Cambridge[135].

Sin embargo, se considera, además, que las investigaciones contemporáneas de lógica deóntica han tenido acreditados anticipos en la obra de pensadores menos recientes.

Entre estos últimos, al lado de Gottfried Wilhelm Leibniz [1646-1716] y Ernst Mally [1879-1944], se suele incluir a Jeremy Bentham: propugnador de una "lógica de la voluntad" o "lógica del mandato" ("*the logic of the will*", "*imperational logic*") en contraposición a la lógica clásica, aristotélico-escolástica o "lógica del intelecto" ("*the logic of the understanding*")[136].

---

134 T. MAZZARESE —en la *Guest Editor's Preface* al número de "Ratio Juris" específicamente dedicado al tema "Logic and Norms" (4, 1991, pp. i-iii)— enumera los siguientes y ulteriores problemas de "lógica deóntica": "analysing the difficulties to which the use of truth-functional connectives gives raise (...) characterizing the negation of (sentences expressing) legal norms (...) providing a suitable account of the notion of permission (...) investigating the notion of deontic necessity (...) testing whether (and) how to deal with conflicts of norms and gaps is a matter of logical principles rather than a matter of legal metanorms (...) figuring out a new formal treatment of deontic conditionals". Cfr., además, BULYGIN, E., *Lógica deóntica*, en C.E. ALCHOURRÓN (ed.), *Lógica*, pp. 129 ss.; PRIOR, A.N., *Logic, Deontic*, pp. 509 ss.; BOBBIO, N., *Logica giuridica (I)*, 1962, en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 115 ss., 123 ss.

135 En tal sentido BULYGIN, E., *Lógica deóntica*, p. 129 ss.; Cfr., también, BOBBIO, N., *Logica giuridica (I)*, cit.

136 Cfr. BULYGIN, E., *Lógica deóntica*, p. 129; Cfr., además, RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, pp. 54 ss.; LINDHAL, L., *Position and Change. A Study in Law and Logic*, pp. 3 ss.; MORESO, J.J., *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 145 ss., 241 ss. Preanunciando la teoría de las normas jurídicas elaborada en el manuscrito *Of*

Sostiene Bentham que, entre las normas jurídicas (*laws*), en caso de que se les considere, simultáneamente, desde el punto de vista de su *aspecto normativo* (o *carácter normativo*) y de su *objeto normativo* (o *contenido normativo*), puede haber relaciones de tres tipos distintos:

1. Relaciones de "necesaria inclusión" o "necesaria concomitancia";
2. Relaciones de "necesaria exclusión" o "necesaria incompatibilidad" ("*repugnancy*");
3. Relaciones, podríamos decir, de "independencia", ahí donde una norma no incluye necesariamente alguna otra norma ni es necesariamente incompatible con ella.

Con el fin de dar cuenta de estas relaciones del modo más claro posible, resulta oportuno considerar nuevamente las cuatro normas examinadas en el §4, no obstante, reformulándolas con una simbología corriente en los escritos de lógica deóntica:

(N1) "O(f)" —"Ordenado portar armas", "Obligatorio portar armas". Puesto que *ordenar* un comportamiento equivale a *prohibir* la omisión (O(f) = V($\neg f$)), en virtud de la mencionada convertibilidad de las órdenes en prohibiciones y viceversa. Si se asume, además, que "prohibir" equivale a "no-permitir" ("V" = "¬P"), la norma puede ser representada del siguiente modo:

(N1) "¬P($\neg f$)" ("No-permitido omitir f", "No-permitido omitir portar armas").

A la luz de estas proposiciones definitorias, las otras normas pueden ser reformuladas del siguiente modo:

(N2) "¬P(f)" ("Prohibido portar armas", "No-permitido portar armas);

Laws in General, Bentham afirma: "The subject we are now entering upon belongs to a particular branch of logic, untouched by Aristotle. The main and ultimate business of the school-logic of which that philosopher was the father, is to exhibit the several forms of *argumentation*: the business of the branch now before us is to exhibit the several forms of *imperation*: or (to take the subject in its utmost extent) of sentences expressive of volition: a leaf which seems to be yet wanting in the book of science" (BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 299 nota b2).

(N3) "P(¬*f*)" ("No-ordenado portar armas", que equivale a "No-obligatorio portar armas", o bien "Permitido no portar armas", ya que "¬¬P(¬*f*)", en virtud de la doble negación que se anula, equivale precisamente a "P(¬*f*)");

(N4)"P(*f*)" ("No-prohibido portar armas", o bien "Permitido portar armas", ya que "¬¬P(*f*)", en virtud de la doble negación que se anula, equivale precisamente a "P(*f*)").

Con esta premisa, veamos brevemente qué relaciones median entre las cuatro normas en la lógica deóntica de Bentham.

1. Sostiene Bentham, que el *mandato* N1 ("¬P(¬*f*)") "incluye necesariamente" la norma permisiva N4 ("P(*f*)") y es "necesariamente incompatible", sea respecto de la norma prohibitiva N2 ("¬P(*f*)"), sea respecto del no-mandato o norma "facultativa", N3 ("P(¬*f*)").

A la luz de la simbología utilizada, esta primera serie de relaciones lógicas resulta evidente.

En particular, las normas N1 y N2 son *contrarias*, ya que *califican del mismo modo imperativo* —prohibiéndolos— *comportamientos opuestos*: la primera prohíbe (no permite) la *omisión* de *f*, la segunda no prohíbe (no permite) su comisión. De modo que un agente que se encuentre en la condición de poder tener o no tener el comportamiento *f* viola una de las dos normas *cualquiera sea su comportamiento*; viola N1 si no hace *f*, viola N2 si hace *f*.

Por el contrario, las normas N1 y N3 son *contradictorias*: califican de *modo opuesto* el *mismo* comportamiento omisivo; la primera prohibiéndolo (no permitiéndolo), la otra permitiéndolo. De modo que un agente que se encuentre en la condición de poder tener o no tener el comportamiento *f* viola N1 cuando decida comportarse según cuanto prescrito por N3. Sin embargo, si decide conformarse a N1, no incurre en alguna violación de N3, ya que las normas permisivas no pueden ser conceptualmente violadas sino solamente utilizadas o no utilizadas.

Entre las normas N1 y N4, finalmente, subsiste una relación de *necesaria inclusión* o *concomitancia*. Que las cosas sean así, parece intuitivo. Las dos normas califican *de modo opuesto* (¬P/P) dos *comportamientos opuestos* (¬*f*/*f*): N1 *no permite* la *omisión de f*, N4 *permite* la *comisión de f*. El agente que, por tanto, tenga el comportamiento *f*, tiene un comportamiento *conforme a ambas normas*.

Bentham no provee alguna información acerca de la relación lógica de *necesaria inclusión* entre una norma imperativa negativa (o de omisión) y una norma permisiva positiva (o de comisión), conocida por los lógicos deónticos como el principio según el cual: "Deber implica poder" ("*Ought entails May*") u "Obligación implica permiso" ("*Obligation entails Permission*").

Sobre el punto, resulta de utilidad uno de los inventores de la lógica deóntica, el ya mencionado Von Wright. En un pasaje de *Norm and Action. A Logical Enquiry*[137], Von Wright elabora un criterio para establecer si entre dos normas media una relación de "implicación" lógica o no. Este criterio, que llamaré "criterio de Von Wright" (o, por brevedad, "criterio W"), puede formularse, grosso modo, así:

Dadas dos normas, N′ y N″, N′ *implica* N″ (o bien: N″ es *implicada* por N′) si y solo si una tercera norma, N‴, que constituye la *negación* de N″, es *incompatible* con N′.

Consideremos ahora las dos normas N1 y N4 y preguntémonos, a la luz del criterio W, si N1 "implica" N4 —o bien si N4 está, en la terminología de Bentham, "incluida necesariamente" en N1—.

N′: $\neg P(\neg f)$
N″: $P(f)$
N‴: $\neg P(f)$.

La norma N‴/N3 resulta de la negación de N″/N2; N‴/N3 es, sin embargo, incompatible —por contrariedad— respecto a N′/N1. Por ende, según el criterio W, N′/N1 *implica* —"incluye", es "concomitante con"— N″/N2 (o bien, que entre las dos normas media una relación también denominada de *carácter subalterno*).

2. Sostiene Bentham que la *prohibición* N2 "incluye necesariamente" la no-orden N3, y es "necesariamente incompatible" *sea* respecto de la orden N1, *sea* respecto de lo permitido, o no-prohibido, N4.

También estas relaciones parecen evidentes, a la luz de la reformulación antes mencionada y, podemos agregar, del criterio W. Veamos con mayor detalle.

[137] VON WRIGHT, G.H., *Norm and Action*, p. 158.

N2 es claramente incompatible con N1, por contrariedad ("¬P (*f*)"/ "¬P(¬*f*)").

N2 es igualmente incompatible con N4, por contradicción ("¬P (*f*)"/"P(*f*)").

La prohibición N2, finalmente, "implica" o "incluye necesariamente" la norma facultativa N3. Esto es, nuevamente, intuitivo, ya que el agente que, en las oportunas circunstancias, omita tener el comportamiento *f*, tiene un comportamiento (¬*f*) simultáneamente conforme a N2 y a N3. Y encuentra confirmación en el criterio W:

N′: ¬P (*f*)
N″: P(¬*f*)
N‴: ¬P (¬*f*)

La norma N‴, que representa la negación de N″ (correspondiente a N3), es incompatible, por contrariedad, respecto de la norma N′ (correspondiente a N2).

3. Sostiene Bentham que el *no-mandato* N3 ("P(¬*f*)") es necesariamente incompatible con la orden N1 ("¬P(¬*f*)") y es, en cambio, *compatible* (o "concomitante"), pero *no necesariamente*, sea con la prohibición N2 ("¬P(*f*)"), sea con el permiso N4 ("P(*f*)") pero no con las dos normas simultáneamente, ya que estas últimas son entre ellas incompatibles.

> "Un no-mandato, de por sí, no incluye necesariamente ni una prohibición ni un permiso; sin embargo, ésta excluye un mandato y, puesto que una prohibición y un permiso se excluyen la una al otro, un no-mandato puede estar acompañado solo por uno de estos a la vez; y ya que son mutuamente contradictorios, debe necesariamente estar acompañado por una o por el otro de ellos"[138].

[138] BENTHAM, J. *Of Laws in General*, p. 97: "A non-command of itself does not necessarily include either a prohibition or a permission: but it excludes a command: and, as a prohibition and a permission exclude one another, it can only be accompanied by one of them at a time: and as they are contradictory to each other, it must be accompanied with one or other of them".

De la incompatibilidad —por contradicción— entre N3 y N1 ya hemos hablado.

La compatibilidad entre N3 y N2 es evidente. Como se ha visto antes, el agente que tenga un comportamiento conforme a N3 ($\neg f$) tiene, al mismo tiempo, el comportamiento prescrito por N2 (ya que no comete f). Tal compatibilidad, sin embargo, desde el punto de vista de N3, no es necesaria. El principio "Poder implica deber" ("Permitido implica obligatorio", "Facultativo implica prohibido") —a diferencia del principio opuesto "Deber implica poder" ("Obligatorio implica permitido", "Prohibido implica facultativo")— no es un principio válido de la lógica deóntica. Para demostrarlo, es suficiente aplicar el criterio W a N3 y N2.

N' (en el presente caso: N3): $P(\neg f)$
N'' (en el presente caso: N2): $\neg P(f)$
N''' (que resulta de la negación de N''): $P(f)$.

N''', que permite la comisión de f, y es el resultado de la negación de N'', *no* es incompatible respecto de N', que permite la omisión; por tanto, por definición, N'/N3 *no implica* N''/N2. Ello en cuanto la misma calificación *no imperativa* de comportamientos opuestos no da lugar ni a contradicción ni a contrariedad, ya que ninguna de las dos normas puede ser "violada".

4. Sostiene Bentham, finalmente, que el *permiso* N4 ("$P(f)$") es necesariamente incompatible con la prohibición N2 ("$\neg P(f)$") y es, en cambio, *compatible* (o concomitante) pero *no necesariamente*, sea con la orden N1 ("$\neg P(\neg f)$"), sea con el no-mandato N3 ("$P(\neg f)$"), pero no con las dos normas simultáneamente, ya que estas últimas son entre ellas incompatibles.

La relación de "independencia" entre dos normas —la relación que media, por ejemplo, entre la norma facultativa N3, de un lado, y las normas N2 y N4, del otro; o bien entre la norma permisiva N4, de un lado, y las normas N1 y N3, del otro— es, por tanto, una relación doblemente negativa, tal que, en general:

Una norma N' es *independiente* respecto de una norma N'' si, y solo sí, no es necesariamente incompatible con N'' (no necesaria incompatibilidad), ni incluye necesariamente a N'' (no necesaria inclusión).

A la luz del criterio W, esta noción de independencia puede, a su vez, ser ulteriormente precisada como sigue:

Una norma N′ es *independiente* respecto de una norma N″ si y solo sí la norma N‴, que constituye la negación de N″, no es ni incompatible con N′ (no implicación) ni idéntica a N′ (no incompatibilidad).

Cabe observar que solo las normas *no-imperativas* se encuentran en relaciones de *incompatibilidad necesaria* o bien de *independencia* (no inclusión necesaria) respecto de otras normas. Las normas *imperativas*, por el contrario, se encuentran respecto de las otras normas o en relaciones de *necesaria compatibilidad* (inclusión, concomitancia, implicación, carácter subalterno) o bien de *necesaria incompatibilidad* (contrariedad o contradicción). Como aparece en las siguientes tablas.

Tabla I - Órdenes ("¬P(¬*f*)")

1	2	3
N′: ¬P(¬*f*)	N′: ¬P(¬*f*)	N′: ¬P(¬*f*)
N″: P(*f*)	N″: ¬P(*f*)	N″: P(¬*f*)
N‴: ¬P(*f*)	N‴: P(*f*)	N‴: ¬P(¬*f*)
Implicación necesaria	Contrariedad	Contradictoriedad

La columna 1 concierne a la relación entre una orden y un permiso referidos a comportamientos opuestos[139]. Se trata, en virtud del criterio W, de una relación de *implicación necesaria*, ya que N‴, que es la negación de N″, es incompatible —por contrariedad— respecto de N″.

La columna 2 concierne a la relación entre una orden y una prohibición. La negación de N″, cabe notar, es una norma, N‴, que es distinta de N′ y está, sin embargo, lógicamente implicada por N′ (como resulta de la columna 1). Entonces, si N‴, negación de N″, es necesariamente compatible con N′, de ello sigue que N′ es necesariamente incompatible con N″. Y, de hecho, como se ha visto antes, N′ es *incompatible por contrariedad* respecto de N″.

[139] Con una simbología distinta —1) "O*f*" = ¬P¬(*f*); 2) "P*f*" = P(*f*); 3) "V*f*" = ¬P(*f*); 4) "F*f*" = P¬(*f*)— se podría configurar todas las normas aquí consideradas como referidas al mismo comportamiento. Esto implicaría, obviamente, una definición distinta de las relaciones lógicas entre las normas indicadas en el texto.

A partir de la noción de compatibilidad necesaria ejemplificada por la columna 1, la *incompatibilidad necesaria por contrariedad* entre dos normas, N′ y N″, puede ser definida como la relación que subsiste cuando la negación de N″ es una norma necesariamente implicada por N′.

La columna 3, finalmente, concierne a la relación entre una orden y una no-orden. Se trata de una relación de *incompatibilidad necesaria por contradictoriedad*; desde el punto de vista del criterio W (revisado), subsiste cuando N‴, que es la negación de N″, es *idéntica* a N′.

Tabla II - Prohibiciones ("¬P(*f*)")

1	2	3
N′: ¬P(*f*)	N′: ¬P(*f*)	N′: ¬P(*f*)
N″: P(¬*f*)	N″: ¬P(¬*f*)	N″: P(*f*)
N‴: ¬P(¬*f*)	N‴: P(¬*f*)	N‴: ¬P(*f*)
Implicación necesaria	Contrariedad	Contradictoriedad

La columna 1 concierne a la relación entre una prohibición y un no-mandato (o facultad) referidas a comportamientos opuestos. Se trata, en virtud del criterio W, de una relación de *implicación necesaria*, ya que N‴, que es la negación de N″, es incompatible —por contrariedad— respecto de N′.

La columna 2 concierne a la relación entre una prohibición y una orden. La negación de N″, cabe notar, es una norma, N‴, que es *distinta* de N′, y *lógicamente implicada* por N′ (como resulta de la columna 1). Si pues N‴, negación de N″, es necesariamente compatible con N′, de ello se sigue que N″ es necesariamente incompatible con N′. Y, de hecho, como se ha visto antes, N″ es *necesariamente incompatible*, por contrariedad, respecto de N′.

La columna 3, finalmente, concierne a la relación entre una prohibición y un permiso. Se trata de una relación de evidente *incompatibilidad necesaria por contradictoriedad* (N″ es, en efecto, la negación de N′) y, desde el punto de vista del criterio W (revisado), subsiste cuando N‴, que es la negación de N″, es idéntica a N′.

Tabla III - No-órdenes ("P(¬*f*)")

1	2	3
N′: P(¬*f*)	N′: P(¬*f*)	N′: P(¬*f*)
N″: ¬P(¬*f*)	N″: ¬P(*f*)	N″: P(*f*)
N‴: P(¬*f*)	N‴: P(*f*)	N‴: ¬P(*f*)
Contraditoriedad	Independencia	Independencia

La columna 1 concierne a la relación entre un no-mandato y un mandato referidos al mismo comportamiento. Se trata de una evidente relación de *incompatibilidad necesaria por contradictoriedad* (N″ es, en efecto, la negación de N′) y, desde el punto de vista del criterio 𝕎 (revisado), subsiste cuando N‴, que es la negación de N″, es idéntica a N′.

La columna 2 concierne a la relación entre un no-mandato y una prohibición. La negación de N″, cabe notar, es una norma, N‴, que es *distinta* de N′, pero *no es incompatible* respecto de N′, ni está *lógicamente implicada* por N′ (como aparece en la columna 3). De ello se sigue que N′ es una norma *independiente* respecto de N″; ésta, en efecto, *no implica lógicamente* N″ (porque N‴ no es incompatible respecto de N′) y no es ni siquiera incompatible respecto de N″ (porque N‴ no es idéntica a N′, ni lógicamente implicada por N′).

La columna 3, finalmente, concierne a la relación entre un no-mandato y un permiso. También en este caso, la norma facultativa N′ resulta *independiente* respecto de la norma permisiva N″, ya que N‴ no es idéntica a N′ (de modo que N′ no es contradictoria respecto a N″), no está lógicamente implicada por N′ (de modo que N′ no es contraria respecto de N″), ni es incompatible con N′ (de modo que N′ no implica N″).

Consideraciones análogas valen, finalmente, para la Tabla IV, relativa a las normas permisivas en sentido estricto.

Tabla IV - Permisos ("P(*f*)")

1	2	3
N′: P(*f*)	N′: P(*f*)	N′: P(*f*)
N″: ¬P(*f*)	N″: ¬P(¬*f*)	N″: P(¬*f*)
N‴: P(*f*)	N‴: P(¬*f*)	N‴: ¬P(¬*f*)
Contradictoriedad	Independencia	Independencia

16. DINÁMICA DE LAS NORMAS: NORMAS ORIGINARIAS, NORMAS SOBREVENIDAS

Las distinciones trazadas por Bentham entre normas imperativas y normas no-imperativas y, en el interior de cada una de las dos clases de preceptos, entre mandatos y prohibiciones y entre no-mandatos y permisos (supra, §§14-15), pertenecen a aquella parte de una teoría de las normas jurídicas que, con base en Kelsen, puede denominarse *estática de las normas* o *nomoestática*.

Consiste, precisamente, en una teoría de los caracteres deónticos, de los contenidos normativos (acciones u omisiones) y de las relaciones entre normas jurídicas, elaborada sin tener en cuenta la *dinámica* de las normas; sin tener en cuenta, en particular, (a) los *procesos de producción* de normas por parte de las autoridades normativas y, correlativamente, (b) la *colocación* de las normas jurídicas *en el tiempo*, particularmente respecto de los efectos que una norma jurídica, producida en un momento *t*, puede desplegar *sea* respecto de los comportamientos sobre los cuales versa, *sea* respecto de otras normas del mismo derecho positivo.

No obstante, como se advierte en *Of Laws in General*, la teoría benthamiana de las normas jurídicas contiene, además de una estática de las normas (nomoestática), también una dinámica de las normas (nomodinámica).

Antes se ha dado cuenta de la teoría benthamiana de las fuentes del derecho (supra, §13). Es necesario, ahora, examinar las ideas de Bentham acerca de las normas jurídicas en el tiempo, ideas centradas sobre la distinción entre las *normas originarias* o *primordiales* ("*primordial laws*"), por una parte, y las normas *sobrevenidas* o *sobrevinientes* ("*superventitious laws*"), por la otra.

16.1. La ley universal de libertad

Por razones que devendrán claras dentro de poco, es necesario formular una precisión preliminar, dictada, al menos en parte, por el bien conocido principio de interpretación caritativa (*charitable interpretation*), y sin la cual esta parte de la nomodinámica benthamiana no puede comprenderse completamente, y podría seguramente parecer como viciada de raíz por una clamorosa antinomia. La precisión consiste en lo siguiente.

Bentham se adhiere, como se ha visto antes, a una versión rigurosa de la *concepción voluntarista del derecho* según la cual no hay norma *jurídica*

sin un acto normativo del soberano o de algún delegado suyo —"*Kein Imperativ ohne Imperator*".

No obstante, en cuanto a la dinámica de las normas, Bentham parece atribuir relevancia *jurídica* a una norma "natural", *prejurídica* y *metajurídica*: la norma —o *ley universal de libertad*— según la cual: "Todo lo que no está prohibido está permitido" —que, sea dicho de paso— se encontrará en las teorías iuspositivistas del siglo XX con el nombre de "norma general exclusiva", "norma general negativa" o "principio de prohibición"[140]. En realidad, y aquí estaría la *relevancia jurídica* de la ley universal de libertad, Bentham sugiere aparentemente que todas las normas sobre comportamientos o clases de comportamientos *específicos*, concebidas o adoptadas por el soberano, *constituyan*, según los casos: una *parcial reiteración*, si se trata de normas *no-imperativas*, o bien una *parcial modificación*, si se trata, por el contrario, de normas *imperativas*, de la ley universal de libertad.

Para explicar la relevancia jurídica de la ley universal de libertad en la teoría de Bentham se pueden formular no menos de tres hipótesis distintas: una hipótesis *iusnaturalista*, una hipótesis *iuspositivista* y una hipótesis *de carácter trascendental*.

Primera hipótesis: la ley universal de libertad es —por *su naturaleza* o, como se suele decir, *intrínsecamente*— una *norma jurídica*.

Esta primera hipótesis, sin embargo, es manifiestamente inconciliable con el radical voluntarismo benthamiano. En efecto, a la luz de ella, Bentham, notorio adversario del iusnaturalismo, terminaría paradójicamente por sostener que, en la base de cada derecho positivo, habría una norma (la ley universal de libertad), y que tal norma sería una norma jurídica natural, no producida por algún soberano.

Segunda hipótesis: la ley universal de libertad es una norma jurídica —es, viéndolo bien, *la* norma jurídica fundamental— no ya en sí, sino en virtud de la tácita "concepción" —o quizás de la tácita "recepción"— por parte del soberano.

---

[140] Sobre estas nociones Cfr., por ejemplo, BOBBIO, N., Lacune del diritto, 1964, en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 92 ss.; ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 171 ss.

Esta segunda hipótesis tiene la virtud de hacer depender la relevancia jurídica de la ley universal de libertad de actos de voluntad del soberano, salvaguardando así el planteamiento voluntarista (y positivista) de la teoría benthamiana. Sin embargo, también esta hipótesis tiene un precio. Si la relevancia jurídica de la ley universal de libertad depende de su ser, sea incluso tácitamente, concebida —o, en algún sentido, acogida— por los soberanos, su vigencia en el derecho de un estado es del todo *contingente*. Se pueden así configurar sistemas jurídicos en los cuales el soberano, aún cuan absurdo esto pueda parecer, ha producido, por el contrario, la norma opuesta según la cual: "Todo lo que no está permitido está prohibido".

Cuando Bentham asume la relevancia jurídica de la ley universal de libertad, sin embargo, él no parece pensar en un dato puramente contingente —ni, por otra parte, en una norma que *por su naturaleza* pertenezca a cualquier derecho positivo—. ¿Cómo salir de este dilema? Ayuda, quizás, la tercera hipótesis, de carácter trascendental.

Tercera hipótesis: la ley universal de libertad no es una norma jurídica, pero sí es *jurídicamente relevante*. Es algo que ningún soberano o simple ciudadano puede ignorar al valorar la utilidad y los efectos de cualquier norma jurídica. Se trata, en realidad, de la *ley constitutiva* de la *dimensión ética* del comportamiento humano, en cuanto *actuar*, en principio libre, pero susceptible de ser sometido a preceptos jurídicos, morales y religiosos. La ley universal de libertad es, en términos kantianos, la *condición trascendental* de poder pensar y de posibilidad de las *normas*; sin ésta, las normas en cuanto productos de voluntades humanas o sobrehumanas, dirigidas a conductas humanas —sean estas jurídicas, morales o religiosas—, no tendrían, ni podrían tener, sentido alguno[141].

Esta tercera hipótesis —fundada sobre la divergencia entre la juridicidad y la relevancia jurídica de una norma— parece, todo considerado, la más compatible con la teoría de Bentham en su conjunto, y parece además cimentada por un pasaje de *Of Laws in General* que examinaremos al exponer la teoría benthamiana de las normas permisivas (además, §17).

---

[141] Para una hipótesis, análoga, que configura la "ley universal de libertad" benthamiana como el homologo deóntico del "contexto de enunciación" de un enunciado, haciendo comprensible su sentido, Cfr. LYSAGHT, L.J., *Bentham on the Aspects of a Law*, en *Bentham and Legal Theory*, pp. 117 ss.

16.2. Aspectos de la nomodinámica benthamiana

Con la precisión hecha, se puede ahora proceder a una breve ilustración de la nomodinámica benthamiana, la cual, es necesario advertir, concierne casi exclusivamente a normas producidas en distintos momentos *por una misma fuente*.

Una norma jurídica es *originaria* cuando constituye, por hipótesis, la *primera* norma, en sentido cronológico, que esté específicamente dirigida a regular un determinado contenido normativo (una acción o una omisión), calificándolo en un cierto modo, de forma que, siempre como hipótesis, no haya alguna otra norma jurídica sobre la que dicha norma pudiera eventualmente incidir, o bien que pudiera eventualmente afectar.

Por el contrario, una norma jurídica es *sobrevenida* cuando concierne a un contenido normativo ya regulado por una o más normas producidas en un momento anterior. Las normas sobrevenidas pueden incidir así sobre —y eventualmente colisionar con— las normas previgentes *en igual materia*.

Los modos en los cuales esto puede ocurrir son explorados por Bentham recurriendo al método —ya experimentado ampliamente en la *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*— del "análisis exhaustivo" o "método (analítico) exhaustivo", que consiste en distinguir cuidadosamente clases de objetos que sean mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos respeto de un género determinado. Veamos, muy brevemente, con qué resultados.

Sostiene Bentham que una norma sobrevenida NS puede desarrollar, respecto de una norma originaria NO, dos funciones principales, alternativas entre sí: una función "no-alterativa" o *conservadora*, o bien una función "alterativa" o *modificadora*.

Las normas sobrevenidas *no-alterativas* se caracterizan por el hecho de no modificar las normas originarias correspondientes, manteniendo firme, en particular, su *carácter normativo*.

Se distinguen, a su vez, en *normas totalmente iterativas* o "reiterativas *in toto*", y en *normas parcialmente iterativas* o "reiterativas *pro tanto*".

Las normas *totalmente iterativas* se caracterizan, diríamos hoy, por una relación de *redundancia total* respecto de las normas originarias, que repiten *palabra por palabra*, con perfecto isomorfismo. Sin embargo, la emisión de normas de este último tipo —sugiere Bentham— puede cumplir tres funciones distintas dentro del derecho de un estado:

En primer lugar, la función de "confirmar" la validez de una norma originaria cuando "el título de la autoridad normativa (*lawgiver*)" que la ha producido sea cuestionado;

En segundo lugar, la función de asegurar la "continuidad" de la vigencia de una norma originaria cuando pudiese ser considerada una norma "temporal", o bien con ocasión del paso del soberano precedente al actual;

En tercer lugar, la función de "admonición" ahí donde, aunque la vigencia de la norma originaria pudiera ser pacífica, haya motivos para dudar acerca de su efectiva observancia y/o aplicación[142].

Las normas *parcialmente iterativas* tienen, por el contrario, una función *expositiva* o *explicativa* de normas originarias que resulten defectuosas en cuanto a su claridad, inmediatez o precisión ("*perspicuity, explicitness, and precision*"). Se trata de normas —diríamos hoy— de *interpretación auténtica* de las normas originarias, las cuales, sostiene Bentham, pueden reiterar enteramente el *significado* ("*import*") o la *finalidad* ("*purport*") de la norma originaria, pero no las palabras, con un eventual isomorfismo parcial.

En caso de que la norma originaria objeto de reiteración no sea de derecho escrito sino de derecho consuetudinario, Bentham propone denominar la norma que "da cuenta" de ella como "norma declarativa" ("*declaratory law*")[143].

En cuanto a las normas sobrevenidas que sean, por el contrario, *alterativas* de normas originarias, Bentham distingue igualmente dos clases: las normas alterativas "no-extensivas" y las normas alterativas "extensivas".

Las normas alterativas *no-extensivas* son, a su vez, de dos tipos: normas "destructivas" y normas "calificativas".

Las *normas destructivas* pueden ser, a su vez, de dos tipos: "simplemente contradictorias" o "revocatorias", o bien "de carácter reversible" o "contrastantes".

---

142 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 101-102.

143 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 107-110; Cfr. además, Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302: "What has been termed a *declaratory* law, so far as it stands distinguished from either a coercive or a discoercive law, is not properly speaking a law. It is not the expression of an act of will exercised at the time: it is mere notification of the existence of a law (...) as already existing".

Las *normas revocatorias* son *desobligatorias* si invalidan —anulan y/o derogan— órdenes precedentes, en cuyo caso se trata de *contraórdenes* ("*countermands*"), o si invalidan prohibiciones precedentes, en cuyo caso se trata de *normas repermisivas* ("*re-permissions*").

Las *normas revocatorias* son, por el contrario, *obligatorias*, si consisten en "reórdenes" ("*commands as before*"), o bien, en "reprohibiciones" ("*prohibitions as before*"), que invalidan las normas sobrevenidas desobligatorias.

Las *normas de carácter reversible* consisten, finalmente, en sustituir una orden anterior con una prohibición, o viceversa.

Hasta aquí, las normas alterativas, no-extensivas y *destructivas*. En cuanto a las normas alterativas, no-extensivas y *calificativas*, que se resuelven en la parcial derogación (o, genéricamente, invalidación) de las normas preexistentes sobre las cuales van a incidir, cabe observar que también estas últimas pueden ser de dos tipos distintos.

Son normas *limitativas* o *restrictivas* ("*limitative*") si introducen en la norma originaria la indicación de circunstancias solo en presencia de las cuales el comportamiento regulado por ésta debe ser observado, transformando así una norma categórica o no-condicional en una norma condicional.

Son, por el contrario, normas *excepcionales* o *de excepción* ("*exceptive*") si introducen en la norma originaria cláusulas que *excluyen* de su ámbito de aplicación "casos" o "circunstancias" que, en defecto de tales cláusulas, habría incluido. Desde este punto de vista, la diferencia entre normas limitativas y normas de excepción es una diferencia puramente formal, que se aprecia solo desde el enfoque de la técnica de redacción de los documentos legislativos, pero no desde el enfoque de su contenido de significado:

> "Una limitación —concluye Bentham[144]— es pues una excepción indirecta, y una excepción es una limitación indirecta".

Por ejemplo, las dos siguientes normas:

> "Nadie exporte trigo si el precio de mercado excede los 44 chelines por libra".

> "Todos pueden exportar trigo salvo que el precio de mercado exceda los 44 chelines por libra".

[144] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 114, 114-115.

Una limitativa, la otra de excepción, son del todo equivalentes desde el punto de vista de su contenido preceptivo.

Desde este punto de vista, una norma condicional contiene típicamente dos partes: una cláusula "principal" que, considerada en sí misma, expresaría una norma categórica, y una o más cláusulas "calificativas", limitativas o de excepciones. Estas últimas cláusulas no están, por otra parte, necesariamente sobre el mismo plano, ya que algunas de ellas pueden recaer no directamente sobre la cláusula principal, sino sobre una cláusula calificativa, asumiendo así el carácter de cláusula calificativa de segundo orden, de tercer orden, etc.[145].

Finalmente, en cuanto a las *normas alterativas extensivas*, estas tienen el efecto de extender, directamente o indirectamente, el ámbito de aplicación de una norma originaria, desde la perspectiva de sus sujetos activos y/o de sus sujetos pasivos y/o del comportamiento regulado.

La extensión es *directa* cuando la norma extensiva tiene la forma de una norma independiente que puede ser fundida con la cláusula principal de la norma originaria, para formar una nueva norma dotada de un ámbito de aplicación más amplio —dada, por ejemplo, la norma: "Ningún comerciante puede exportar trigo", esta constituye la extensión de una norma como: "La prohibición de exportar trigo establecido para los comerciantes se aplica también a los productores de trigo"—; la extensión es, en cambio, *indirecta* cuando la norma extensiva tiene el efecto inmediato de limitar una cláusula de calificación de la cláusula principal de una norma, con el efecto mediato de reexpandir su ámbito de aplicación[146].

Una última distinción que Bentham introduce, aunque fugazmente, es aquella entre normas originarias y normas sobrevenidas *producidas por una misma fuente*, por un lado, y normas originarias y norme sobrevenidas *producidas por diversas fuentes*, y precisamente, por un legislador superior (delegante, autorizante) y uno inferior (delegado, autorizado), por el otro.

---

145 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 120.

146 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 125-126. Por ejemplo, dada la norma: "Nadie exporte trigo, si el precio de mercado es superior a 44 chelines la libra", constituye una extensión indirecta de la siguiente modificación de su cláusula de calificación: "Nadie exporte trigo, si el precio de mercado *en la plaza de Batavia* es superior a 44 chelines la libra".

Respecto de estas últimas, Bentham sugiere que, desde un punto de vista filosófico (teórico general, diríamos hoy), no haya *una* solución correcta acerca del criterio de coordinación entre los dos conjuntos de normas.

En efecto, desde un punto de vista de filosofía del derecho positivo "expositiva", la única "solución" consiste en la *tesis de la contingencia de las soluciones*: cualquier solución a problemas similares, que son problemas puramente prácticos, estará vinculada, de modo totalmente contingente, a las normas de delegación efectivamente producidas y a su interpretación. De estas dependerá, en particular, la verificación sea de eventuales conflictos entre normas "superiores" y normas "inferiores", sea del criterio que debe, o puede, ser utilizado para resolverlos.

Por ejemplo, según Bentham, la ley del Parlamento inglés que autorizaba a las autoridades de Virginia a producir normas jurídicas válidas en el territorio de aquella colonia se debía entender como una norma que adscribe un poder normativo general, sujeto a dos únicos límites:

(1) Ninguna norma de Virginia habría podido modificar normas sustraídas al poder normativo de Virginia —normas "de reserva" ("*reservations*")— contenidas en la ley de delegación misma;
(2) Ninguna norma de Virginia habría podido modificar normas sucesivamente producidas por el Parlamento británico, y expresamente dirigidas a valer también para aquella colonia[147].

17. UNA TEORÍA DE LAS NORMAS PERMISIVAS

El derecho, por tanto, —según la teoría de Bentham— está compuesto también de *normas no-imperativas*: facultativas (los no-mandatos) o permisivas en sentido estricto (los permisos)[148].

Dicho esto, Bentham afronta algunos problemas que son todavía debatidos por los teóricos de las "normas permisivas" —la denominación con la cual se suele actualmente designar las normas no-imperativas benthamianas—. Se trata, en particular, de problemas "de relevancia" que conciernen:

147 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 132.

148 *Supra*, §§ 5, 7-10. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302: "Every law (...) is either of a *coercive* or *uncoercive* nature. A coercive law is a *command*. An uncoercive, or rather a *dis*coercive, law is the *revocation*, in whole, or in part, of a coercive law".

1. A la *relevancia normativa* de las normas permisivas;
2. A las *relaciones entre normas permisivas y normas imperativas*, afrontando las cuales se ocupa de la eventual *relevancia práctica* de las normas permisivas, más allá de su eventual relevancia normativa;
3. A la *relevancia teórica* de las normas permisivas[149].

17.1 Relevancia normativa de las normas permisivas

Para afrontar el problema de la relevancia de las normas permisivas, es necesario distinguir dos tipos de relevancia de las normas jurídicas: la *relevancia normativa* y la *relevancia práctica*.

En términos muy genéricos, se puede convenir que una norma jurídica N tiene *relevancia normativa* en un sistema jurídico SJ si y solo si la producción de la norma N *introduce una calificación deóntica nueva* para al menos un comportamiento, o una clase de comportamientos, *respecto de las calificaciones deónticas deducibles*, para aquel mismo comportamiento o clase de comportamientos, *de las otras normas, anteriores o coetáneas*, de SJ.

Se puede convenir, además, que una norma jurídica N tiene *relevancia práctica* en un sistema jurídico SJ si y solo si, aunque no tenga relevancia normativa, sea, sin embargo, idónea para desarrollar una *función* cualquiera en SJ; en otras palabras, que tenga de todos modos alguna *utilidad* desde el punto de vista del soberano legislador y/o de los destinatarios de las normas de SJ.

Por definición, la relevancia normativa y la relevancia práctica de una misma norma son, pues, dos propiedades independientes. De ello se deriva que, por ejemplo, una norma totalmente redundante —o en la terminología de Bentham: una norma sobrevenida totalmente iterativa— sea, por definición, del todo carente de relevancia normativa pero que, sin embargo, bajo ciertas condiciones, pueda tener alguna relevancia práctica consistente, por ejemplo, en disipar eventuales dudas acerca de la duración de la validez de una norma precedente o la duración del interés del soberano a su observancia.

Dicho esto, se trata ahora de ver qué posiciones se pueden adscribir a Bentham en relación con la relevancia —normativa o práctica— de las normas permisivas originarias y de las normas permisivas sobrevenidas

---

149 Sobre las normas permisivas Cfr. POGGI, F., *I permessi nel diritto*, pp. 147 ss., con amplias referencias bibliográficas; Id., *Norme permissive*.

Normas permisivas originarias

En el *total silencio* del derecho, sostiene Bentham, la pura y simple emisión de *normas permisivas originarias* está privada de cualquier efecto, ya que no agrega nada a la condición universal de libertad de las acciones humanas

> "Los caracteres normativos de no-ordenado y de permitido, tomados conjuntamente y considerados en la perspectiva del sistema universal de las acciones humanas, son expresados por la (...) ley universal de libertad: una extensión ilimitada en la cual las singulares normas eficientes [las normas imperativas, ndr] aparecen como otras tantas manchas, como islas y continentes que emergen del océano, como cuerpos celestes dispersos en la inmensidad del espacio"

de modo que, concluye Bentham:

> "Estamos en condición de comprender cuál es la utilidad y el efecto de disposiciones que no-ordenan o permiten a título originario. *De por sí*, es evidente que no pueden tener alguno. Si una norma solo fuera de uno o de otro tipo, sería del todo *inútil y privada de efectos*, ya que después de haberla introducido, la condición de sus destinatarios no cambiaría un milímetro respecto de la primera"[150].

Sobre la base de las consideraciones precedentes a propósito de la ley universal de libertad, y a la luz de la distinción que introduje entre *relevancia normativa* y *relevancia práctica* de una norma jurídica, la posición de Bentham acerca de la relevancia de las normas permisivas originarias puede ser precisada del siguiente modo.

---

[150] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 120, 119: "The non-commanding and permissive phases of the law placed side by side and turned towards the universal system of human actions are expressed by the (...) universal law of liberty: a boundless expanse in which the several efficient laws appear as so many spots; like islands and continents projecting out of the ocean: or like material bodies scattered over the immensity of space (...) We are (...) in a condition to apprehend the use and effect of non-commanding and originally-permissive provisions. *Of themselves*, it is manifest, *they can have none*. A law of either kind, *if that were all of it*, would be *nugatory* and *inoperative* [or "inefficient per se", ndr]: since after the establishment of such a law the condition of the subject would be not a whit altered from what it was before"; Cfr., además, las pp. 98-99.

Las normas permisivas originarias *tienen* relevancia *normativa*. En realidad, califican como *jurídicamente* permitido un comportamiento que antes era *jurídicamente no-calificado*; estaba privado de cualquier calificación deóntica en el *particular* sistema jurídico positivo del cual, por hipótesis, se trata.

Sin embargo, a la luz de la ley universal de libertad —la cual "tiene jurídica relevancia", al menos en el sentido en que se le debe tener en cuenta al valorar los efectos de las normas jurídicas— las normas permisivas están, *de por sí*, del todo privadas de *relevancia práctica*, ya que no desarrollan alguna función, no tienen alguna utilidad para el sistema jurídico (es decir, para el soberano y/o para los destinatarios de las normas).

Sin embargo, en determinadas circunstancias, también ellas pueden tener alguna relevancia práctica, como veremos en breve.

Normas permisivas sobrevenidas

Las normas permisivas sobrevenidas, por el contrario, tienen normalmente *sea* una *relevancia normativa* —ya que, cuando no son *totalmente reiterativas* de anteriores normas jurídicas permisivas, introducen una calificación jurídica nueva para un cierto comportamiento o clases de comportamientos—; *sea* una *relevancia práctica*.

La relevancia práctica de las normas permisivas sobrevenidas depende, por otra parte, de la vigencia del *principio cronológico*, o de la *lex posterior* ("*lex posterior derogat legi priori*"). Este principio, según Bentham, tendría vigor en cada derecho positivo, sea incluso a título de norma *implícita*, al ser *connatural* al poder de producir normas ("*the power of imperation and de-imperation*")[151]. En virtud de esto, sostiene Bentham, en presencia de normas imperativas, que prohíben u ordenen un cierto comportamiento, la emisión de una *norma no-imperativa sobrevenida* —respectivamente,

[151] Cfr., para una posición análoga, KELSEN, H., *La teoría pura del derecho*, p. 215: "Si se trata de normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*. Como el órgano normador —sea el monarca o el parlamento— está facultado normalmente para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en este facultamiento".; sobre el punto cfr., además, cap. V.

permisiva (en sentido estricto) o facultativa— tiene el efecto de "hacer nuevamente libre" aquel comportamiento, de modo que tales normas desarrollan una función "desobligatoria", de "contraorden" o "repermisión"[152].

17.2. Relaciones entre normas permisivas y normas imperativas

Respecto de las relaciones entre normas permisivas y normas imperativas se pueden plantear, desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho, al menos tres problemas distintos.

Un *primer problema* es el *problema del carácter reducible* de las normas permisivas a normas imperativas disimuladas. Este problema consiste en preguntarse si, *viéndolo bien*, las normas permisivas no son otra cosa que *normas imperativas camufladas*; en otras palabras, si la *forma lógica* de los enunciados que expresan normas permisivas no sea, paradójicamente, una forma imperativa.

Un *segundo problema* es el *problema de la subsidiariedad*, o *carácter auxiliar*, de las normas permisivas. Este problema consiste en preguntarse si las normas permisivas, no siendo reducibles a normas imperativas, por lo que no estarían sobre el mismo plano *desde un punto de vista funcional*, serían, en cambio, *normas accesorias*, *auxiliares* o *subsidiarias*, respecto de las normas imperativas —en el sentido de que su utilidad (razón de ser) depende de la existencia, actual o potencial, de normas imperativas.

Un *tercer problema*, finalmente, es el *problema del carácter parasitario* de las normas permisivas. Este problema consiste en preguntarse si las normas permisivas, no siendo reducibles a normas imperativas, no serían, bien vistas las cosas, *normas parasitarias* respecto de las normas imperativas, en el sentido de que su *eficacia* —entendida como producción de los efectos para los cuales son creadas— depende necesariamente de la existencia de normas imperativas correlativas.

17.3. ¿Las normas permisivas pueden ser reducidas a normas imperativas?

En cuanto al *primer problema*, Bentham se adhiere aparentemente a una posición *antireduccionista*: las normas permisivas no son normas imperativas

[152] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 110-111.

camufladas. Poseen, por el contrario, una propia e irreducible identidad en el mundo del derecho:

> "En primer lugar —observa Bentham[153]— ellas son posibles y concebibles: hecho que sería de por sí una razón suficiente para mencionarlas, ya que sin estas la identificación [*view*] de los posibles aspectos de la voluntad de un legislador, y de las normas [*mandates*] de las cuales estas pueden ser respectivamente expresiones, sería incompleta [...] Además, ellas son usadas de hecho y de modo frecuente [...] Esto constituiría de por sí una razón adicional del por qué no se deba omitir mencionarlas, incluso si no se pudiese dar alguna buena razón para usarlas; pero el hecho es que éstas son usadas, y en múltiples ocasiones".

17.4. Carácter auxiliar de las normas permisivas

En cuanto al *segundo problema*, Bentham considera, ante todo, como se ha visto, que las *normas permisivas sobrevenidas* tienen una indudable relevancia normativa, además de una indubitable utilidad, o relevancia práctica, que consiste en "destruir" (invalidar, abrogar) órdenes y prohibiciones preexistentes.

Por otro lado, Bentham considera que también las normas permisivas *originarias* —si bien sean *de por sí* del todo inútiles— puedan desarrollar una importante función auxiliar respecto de las normas imperativas, y sean por tanto útiles para el soberano y/o para los ciudadanos, en dos situaciones distintas.

En primer lugar, las normas permisivas originarias pueden desarrollar una *función aseverativa*: una función que, en la teoría del derecho más reciente, ha sido denominada *indicativa* o, más precisamente, *indicativo-limitativa*[154]. Pueden servir, en particular, para remover las eventuales dudas de los ciudadanos

---

153 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 99. Por el contrario, sostiene una posición reduccionista, en particular respecto de las "normas de competencia", por ejemplo, ROSS, A., *Diritto e giustizia*, pp. 33, 49 ("Las normas de competencia son normas de conducta formuladas indirectamente"); Id., *Directives and Norms*, p. 118: "Norms of competence are *logically reducible to norms of conduct* in this way: norms of competence make it obligatory to act according to the norms of conduct which have been created according to the procedure laid down in them" (cursivas agregadas).

154 Cfr. POGGI, F., *I permessi nel diritto*, pp. 150-151.

acerca de la solidez de su libertad, funcionando como instrumento que, aunque de modo parasitario, cumple un inmediato rol —diríamos hoy— ideológico, que consiste en proclamar, declarar, o bien confirmar *solemnemente* que, por ejemplo, "los ciudadanos pueden reunirse pacíficamente y sin armas", "los ciudadanos pueden manifestar libremente su propio pensamiento", "los ciudadanos pueden asociarse libremente en partidos políticos para participar en el gobierno del país", "los ciudadanos pueden circular libremente por todo el territorio nacional", etc. Pueden servir, además, si son emitidas por el soberano como normas constitucionales, para limitar los poderes normativos del propio soberano y de los nomotetas subordinados.

En segundo lugar, las normas permisivas originarias pueden desarrollar una *función propedéutica*, pudiendo servir, en general, para preparar el terreno para la producción ("introducción") de normas imperativas, determinando qué comportamientos específicos estén, en principio, permitidos:

> "La única utilidad de una norma de uno o de otro tipo no-imperativo consiste en introducir alguna norma de naturaleza más activa y eficiente: las primeras sirven como una base a la que las otras pueden conectarse en la forma de *limitaciones* o *excepciones*"[155].

17.5. Carácter parasitario de las normas permisivas

En cuanto al *tercer problema*, finalmente, Bentham considera que las normas permisivas —sean estas originarias o sobrevenidas— dependen siempre, desde la perspectiva de su *eficacia*, de normas imperativas correlativas —y sean, por tanto, desde este punto de vista, siempre *parasitarias* respecto de normas imperativas—.

Las consideraciones de Bentham sobre el punto conciernen, en particular: (a) las normas permisivas originarias emanadas con función aseverativa y de limitación de la competencia normativa de nomotetas subordinados, o del soberano mismo; (b) las normas permisivas sobrevenidas.

---

[155] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 119: "The only use of a provision of either of the unobligative kinds is to introduce some provision of a more active and efficient nature: the former serving as a basis to which the latter in the shape of a limitation or an exception may adhere"; Cfr., además, p. 100.

Respecto de las primeras, Bentham configura las circunstancias de su producción y las condiciones de su eficacia del siguiente modo:

> "el sujeto, *habiendo visto violada su libertad en algún aspecto* o teniendo *motivo para temer que pueda ser violada*, siente la exigencia de una *declaración expresa*, de un aseguramiento por parte del derecho que lo libere de sus miedos. En *este caso*, sin embargo, *semejante efecto es producido no tanto por el tenor literal de la norma* [no-imperativa, ndr] misma sino, más bien, *por otra norma*, que de esta manera está tan estrechamente vinculada a la primera que, *si no es expresa*, puede pacíficamente ser considerada *como implícita* [...] Entiendo una *norma* —prosigue Bentham— que *en la forma de una prohibición* está dirigida a los nomotetas subordinados ["*subordinate power-holders*"] en general y que *impide a estos violar la libertad de los sujetos* que la norma no-coercitiva en cuestión está dirigida a favorecer".

Como he señalado, se puede también tratar en algunos casos, precisa Bentham, de:

> "una norma de un tipo particular, que *incluye al mismo soberano* bajo su vínculo. Y es fácil darse cuenta que algunas de las normas más importantes que pueden estar incluidas en el código, las normas sobre las cuales el pueblo funda aquellas que son llamadas sus libertades, pueden ser de este tipo [es decir, normas permisivas, ndr]"[156].

Por lo tanto, en relación con la eficacia de las normas permisivas sobrevenidas, Bentham considera:

(a) Que el efecto de restablecer la libertad natural de los individuos de tener un cierto comportamiento podría también ser realizado, directamente, mediante una o más normas imperativas y, precisamente, por normas que, por un lado, prohíban a los jueces —y/o a otros nomotetas subordinados— sancionar el comportamiento en cuestión; por el otro, les impongan sancionar a aquellos que de algún modo lo obstaculicen.

(b) Que, sin embargo, aun cuando aquí se sirve, inmediatamente, de normas permisivas, se verifica la siguiente situación:

> "Por todo aquello que el derecho permite a un hombre hacer u omitir, éste prohíbe a todos los demás de forzarlo, respectivamente, a no hacer o hacer. Esta última prohibición, sin embargo, *no es obra de la primera*

[156] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 99.

norma, la norma permisiva misma sino es obra de *una norma que no falta nunca de estar adjunta a la primera*, por el derecho consuetudinario [es decir, judicial, ndr], si no por el derecho legislativo"[157].

En conclusión: respecto de las normas permisivas, parece posible adscribir a Bentham una posición ontológica *antireduccionista*, que se combina con la tesis de su *carácter auxiliar* y de su *carácter parasitario* respecto de las normas imperativas.

Por un lado, Bentham *niega* el puro y simple *carácter reducible de las normas permisivas a normas imperativas*: no se trataría, en otras palabras, de normas imperativas camufladas, sino de normas dotadas de una identidad propia.

Por otra parte, Bentham sostiene:

(a) Que las normas permisivas, cuando no sirven para algo, poseen una *utilidad refleja*, que depende de la presencia, *actual* o incluso solo *potencial*, de normas imperativas; si no hubiese normas imperativas que hayan ya intervenido o que podrían intervenir en el futuro para limitar la ley universal de libertad, no habría necesidad de las normas permisivas.

(b) Que las normas permisivas, cuando sirven para algo aunque en calidad de normas auxiliares (con función aseverativa-limitativa o bien de abrogación), no funcionan nunca solas; no realizan nunca *solas* su resultado, sino siempre con el auxilio —con la mediación— de normas imperativas, distintas a ellas, que "no dejan nunca de acompañarlas": como una sombra "que la canícula imprime sobre un muro calcinado".

17.6. Relevancia teórica de las normas permisivas

El *problema de la relevancia teórica* de las normas permisivas, finalmente, consiste en preguntarse si, a la luz de las efectivas funciones —normativas y/o prácticas— de las normas permisivas, sea oportuno tenerlas en cuenta en la *teoría* de las normas jurídicas.

---

157 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 131-132: "For whatever the law permits a man to perform or to abstain from, it inhibits all others from compelling him to abstain from or to perform. The latter prohibition indeed is not the work of the same law as the former permission but it is the work of a law which never fails to be annexed to the former by the customary if not by the statute law".

Sobre el punto, la respuesta de Bentham es afirmativa: incluso si no tuviesen alguna relevancia normativa, ni alguna relevancia práctica, las normas permisivas serían a pesar de ello merecedoras de consideración, pues, como se ha aprendido del pasaje citado hace poco, estas representan, en abstracto, dos aspectos de la voluntad nomotética y abundan en los derechos positivos[158].

18. NORMAS PRINCIPALES, SUBSIDIARIAS, DE REMEDIO, PROCESALES

Al tratar sobre la "fuerza" de las normas imperativas, Bentham diseña una articulada tipología de las normas jurídicas centrada sobre la distinción, trazada desde la perspectiva de sus *destinatarios*, entre "normas principales" ("*principal laws*") y "normas subsidiarias" ("*subsidiary laws*").

Las *normas principales* están dirigidas a la generalidad de la población, o a cualquier subsector de ésta ("*people at large or some sub-class of people at large*").

Las *normas subsidiarias* están inmediatamente dirigidas, por el contrario, a los (diríamos hoy) órganos de la aplicación y, en particular, a los jueces y a sus auxiliares.

Normas principales

Bentham distingue *dos tipos* de normas principales:

1. Las normas *puramente directivas*, o *imperativas simples*, que consisten únicamente en una parte directiva ("*directive part*");
2. Las *normas* (que podremos denominar) *compuestas*, las que, por el contrario, constan de dos partes: una parte directiva y una parte sancionatoria o incitativa ("*sanctional part*", "*incitative part*").

La *parte directiva* de una norma principal esta típicamente expresada por enunciados imperativos o prescriptivos, como, por ejemplo:

(1) "Nadie robe" ("No robar", "No robarás", "El robo está prohibido", etc.).

(2) "Cualquiera que sepa que se ha cometido un robo debe denunciarlo a la autoridad judicial".

---

158 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 99.

La *parte sancionatoria* consiste, en cambio, según Bentham, en un enunciado del siguiente tipo:

(3) "Cualquiera que cometa un robo será encarcelado".

(4) "Cualquiera que denuncie ante la autoridad judicial un robo del cual haya tenido noticia recibirá una recompensa de 100 táleros".

(5) "Cualquiera que denuncie ante la autoridad judicial un robo del cual haya tenido noticia recibirá una recompensa de 100 táleros; si omitiera denunciar, será sancionado con la reclusión de seis años".

Si una norma principal está compuesta, por ejemplo, por una parte directiva como (1) y por una parte sancionatoria de tipo "conminativo" como (3), es una *norma coercitiva*.

En cambio, si una norma principal está compuesta, por ejemplo, por una parte directiva como (2) y una parte sancionatoria de tipo incentivador ("de invitación") como (4), es una *norma que constituye un premio*.

Finalmente, si una norma principal está compuesta, por ejemplo, por una parte directiva como (2) y una parte sancionadora de tipo "alternativo" o mixto, como (5), es una *norma alternativa*.

Sostiene Bentham, que cuando una autoridad normativa se limite a emitir una norma puramente directiva (es decir, no sancionada) como, por ejemplo, "no robarás" ("*Thou shalt not steal*"):

> "lo que ha sido hecho por el derecho hasta este punto consiste en una *nada de hecho*; en cuanto expresión de voluntad, es impotente, en cuanto *previsión*, es falsa"[159].

Normas subsidiarias

Bentham considera, aparentemente, que la parte sancionatoria de las normas principales pueda también permanecer implícita. Así, en cada caso, el factor decisivo para establecer si una norma principal es puramente directiva (y, por tanto, el soberano no confía en sanciones jurídicas para garantizar su eficacia) o, por el contrario, se trata de una norma compuesta, está determinado por la ausencia o presencia en el derecho, respectivamente, de *otras* normas; típicamente, por la presencia de *normas subsidiarias* pertinentes.

---

[159] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 137.

Es necesario, en particular, que hayan sido emitidas las normas subsidiarias "próximas": *punitivas* (por ejemplo: "El juez disponga que quien haya cometido un robo sea encarcelado") o *remunerativas* (por ejemplo: "El juez disponga que la suma de 100 táleros le corresponda a quien haya denunciado un robo del cual haya tenido noticia")[160].

Y, en realidad, para que se pueda fundadamente considerar que se ha emitido una determinada norma *principal* (la cual puede asumir la forma puramente directiva de la "*simply imperative law*"), *es suficiente* que haya sido emitida la correspondiente norma *subsidiaria*, punitiva o que constituya un premio:

> "Si bien una norma imperativa simple, y la norma punitiva a ella vinculada, son normas tan marcadamente distintas la una de la otra, que la primera no contiene nada de la segunda, y la segunda, en su tenor literal, nada de la primera; sin embargo, por implicación, y se trata de una implicación necesaria, la norma punitiva implica e incluye el significado de la norma imperativa simple con la que se conecta. Decir al juez: *Disponga que sea encarcelado cualquiera que, en las debidas formas de ley, haya sido condenado por robo*, es un modo no directo, pero igualmente claro, de intimar a los hombres en general que no deben cometer robos, como si se dijese a ellos directamente *No robar* (...) Parecería, por tanto, que cada vez que una norma imperativa simple deba estar acompañada por una norma punitiva, se pueda prescindir del todo de la primera"[161].

El pasaje apenas citado contiene un perfil adicional de interés: la norma punitiva, en la formulación tomada de Bentham, no prescribe al

---

160 "Let the judge make whosoever stealth to be hanged"; "Let the judge award the such or such a sum to whosoever declares to him a robbery he knows about"

161 BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 303: "But though a simply imperative law, and the punitory law attached to it, are so far distinct laws, that the former contains nothing of the latter, and the latter, in its direct tenor, contains nothing of the former; yet by implication, and that a necessary one, the punitory does involve and include the import of the simple imperative law to which it is appended. To say to the judge, *Cause to be hanged whoever in due form of law is convicted of stealing*, is, though not a direct, yet as intelligible way of intimating to men in general that they must not steal, as to say to them directly, *Do not steal* (...) It should seem, then, that, wherever a simply imperative law is to have a punitory one appended to it, the former might be spared altogether".

juez "encarcelar a aquel que haya cometido un robo", sino "encarcelar a aquel que, *en las debidas formas de ley, haya sido condenado por haber cometido un robo*".

La norma punitiva contiene un explícito reenvío a las normas del proceso penal en sentido estricto (que regulan el *due process of law*) —y a las otras normas que conciernen a los auxiliares del juez (¿Quién debe materialmente proceder a la ejecución del condenado? ¿Quién debe custodiarlo hasta dicho momento? ¿Dónde?)—. Tales normas constituyen, en su conjunto, aquella parte fundamental del derecho positivo, que Bentham denomina "derecho accesorio" ("*adjective law*"), o "formal", distinguiéndolo del derecho "sustancial" ("*substantial law*").

Una última precisión. Las normas subsidiarias y las normas procesales pertinentes se refieren a la imposición de sanciones penales o de premios como consecuencia (y podremos decir: *precio*), respectivamente, de actos ilícitos o de actos socialmente útiles.

Sin embargo, en algunos casos los ilícitos producen *consecuencias dañosas* a las cuales es necesario poner remedio. Según Bentham, para este fin son de utilidad tres diversos tipos de *normas de remedio*:

(a) Las *normas resarcitorias* ("*compensative laws*"), que sirven para remediar los daños que son una consecuencia pasada de un ilícito;

(b) Las *normas terapéuticas* o *catapáusticas* ("*therapeutic laws*", "*catapaustic laws*"), que sirven para obviar las consecuencias dañinas aún perdurables del ilícito ("para poner fin a lo que está presente" disponiendo, por ejemplo, remedios de naturaleza inhibitoria); y finalmente,

(c) Las *normas metafilácticas* ("*metaphylactic laws*"), que sirven para prevenir comportamientos ilícitos futuros de un cierto sujeto, cuya verificación puede razonablemente esperarse a la luz de los comportamientos ilícitos tenidos por este último en el pasado (por ejemplo: sometiendo al culpable de un intento de homicidio, después de que haya cumplido la pena, a medidas de seguridad)[162].

[162] Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 149 ss.

19. NORMAS CONSUETUDINARIAS, DE DERECHO TRADICIONAL, DE DERECHO ESCRITO

Queda aparentemente por aclarar un último aspecto de la definición benthamiana de norma jurídica ("*a law*"). Una norma jurídica, sostiene Bentham, es:

"un conjunto de *signos declarativos de una voluntad*"

O bien:

"un conjunto de *signos expresivos* de un *acto de voluntad*"[163].

¿De qué *signos* puede tratarse? Bajo este perfil, Bentham distingue tres modos de expresar y trasmitir, normas jurídicas:

1. Mediante un *comportamiento ejemplificativo*, que no consiste (necesariamente) en el uso del lenguaje;
2. Mediante *fórmulas lingüísticas orales*, que permanecen tales y son heredadas de generación en generación así como se heredan los cuentos de antiguos dioses y héroes;
3. Mediante *fórmulas lingüísticas escritas* según un cierto sistema de signos gráficos.

El *primer modo de expresar normas jurídicas* distingue lo que Bentham llama *derecho consuetudinario* ("*customary law*"): el derecho de aquellos pueblos, que han permanecido en estado natural, quienes "no saben ni hablar ni escribir"; un derecho que Bentham, con cáustica ironía, identifica con el derecho judicial, representado en Inglaterra por el tan venerado *Common law*. Un juez entra en el negocio de un panadero y descubre que los panes son de un peso inferior al prescrito[164]. El juez decapita al panadero —o lo

---

163 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 152.

164 En honor de la verdad, el ejemplo de Bentham es construido sobre la figura del cadí: el juez oriental premunido de discrecionalidad absoluta, del cual hablará también MAX WEBER (Cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, tr. esp., *Economía y sociedad*, pp. 732 ss.). El ejemplo puede parecer estridente, en cuanto pretenda hacerse valer también para los jueces del *Common law*. Bentham considera, sin embargo, que no existe alguna diferencia sustancial entre ellos y los cadíes, puesto que en ambos casos: "A magistrate exercises some act of power over a particular individual: the assemblage of acts by which this is done serves as a sign to the people at large expressing that the like act of power will probably be exercised in future in a like case" (BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 153).

hace decapitar inmediatamente por un guardia de su séquito. Actuando de dicho modo, el juez habría expresado, con todas las incertidumbres del caso (sobre lo que insistirá Herbert Hart dos siglos después[165]), la regla según la cual: "El juez decapitará / hará decapitar al panadero que venda panes de peso inferior al debido" (pero la regla ejemplificada puede entenderse de modos muy distintos, como, por ejemplo: 1) "El juez hará ejecutar al comerciante que defraude a los clientes en el peso"; 2) "El juez hará ejecutar al comerciante que defraude a los clientes en el peso o en la calidad del producto"; 3) "El juez infligirá una pena terrible al comerciante que defraude a los clientes en el peso"; 4) "El juez infligirá una pena severa a quien cometa un fraude en daño de otro", etc.).

El *segundo modo de expresar normas jurídicas* distingue lo que Bentham llama *derecho tradicional*: el derecho de los pueblos primitivos, que "saben hablar, pero no saben escribir".

El *tercer modo de expresar normas jurídicas* distingue, finalmente, el *derecho escrito* o (en sentido lato) *derecho legislativo*: el derecho de los pueblos civilizados, que "saben hablar y saben escribir"[166].

Para este último propósito, Bentham escribe para uso de los legisladores o de sus consejeros técnicos un catálogo de las diversas formas con las cuales puede ser formulada una norma legislativa: de las formas explícitamente imperativas ("*directly imperative*") a las formas implícitamente imperativas ("*indirectly imperative*"): "conminativas" (ejemplo: "Quien exporte trigo será sancionado") o "declarativas" (ejemplo: "Nadie tiene derecho de exportar trigo", "No está permitido exportar trigo")[167].

20. NORMAS COMPLETAS, NORMAS INCOMPLETAS. FRAGMENTOS DE HERMENÉUTICA BENTHAMIANA

Es necesario considerar un último aspecto central de la teoría benthamiana de las normas jurídicas. Me refiero a la distinción entre normas jurídicas *completas* y normas jurídicas *incompletas*.

---

165 Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cap. VII.

166 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 153.

167 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 154.

Como informado filósofo del derecho y científico (y técnico) de la legislación, Bentham considera que no tendría sentido aislar "el" modelo "de la" norma jurídica completa. Sostiene, por el contrario, que es necesario distinguir dos perspectivas, vinculadas entre sí, a partir de las cuales valorar la completitud de una norma: el punto de vista de la filosofía del derecho positivo o (diríamos hoy), con mayor precisión, de los modelos teóricos de normas jurídicas, y el punto de vista de la intención del legislador.

Modelos teóricos de normas completas

Desde el punto de vista de los *tipos* o *modelos* ("*patterns*") de norma jurídica elaborados desde la perspectiva de la teoría (general) de las normas jurídicas, una norma es completa o incompleta según posea, o no, todos los elementos propios del tipo de norma al cual se asume que pertenece[168].

Desde la perspectiva de la filosofía de las normas, según Bentham, se pueden distinguir no menos de *cuatro modelos distintos* de *norma imperativa*, que ejemplifican cuatro grados distintos de completitud ("*fullness*") de una norma imperativa.

1. En primer lugar, están las *normas puramente directivas*. Tales normas constan, como se ha visto poco antes (§18), de la sola parte o cláusula directiva; en particular, no poseen alguna parte sancionatoria, de modo que su fuerza depende únicamente de sanciones auxiliares.
2. En segundo lugar, están las *normas sancionadoras simples*, las cuales consisten: (a) En una *parte directiva*, (b) en una *parte sancionadora* de tipo *conminativo*, de *invitación* o *alternativo* y, correspondientemente, (c) una *parte punitiva*, *remunerativa* o *alternativa*.
3. En tercer lugar, están las *normas sancionadas provistas de una cláusula moderadora*: se trata de normas sancionadoras simples, a las cuales ha sido agregada (d) Una cláusula que *modifica la entidad de la pena*, en presencia de circunstancias de carácter, respectivamente, atenuante ("*extenuative*") y/o agravante ("*aggravative*").
4. En cuarto lugar, finalmente, están las *normas sancionadoras provistas de una cláusula de remedio*: son normas sancionadoras simples, even-

168 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 156: "there are laws of different patterns which are of different degrees of fullness: the description of a complete law will therefore depend upon the pattern it is of".

tualmente provistas de una cláusula atenuante o agravante las cuales contienen, además, (e) una cláusula de remedio, que conecta el ilícito con la capacidad de actuar por determinados remedios de naturaleza resarcitoria y/o catapáustica y/o metafiláctica.

Modelos legislativos de normas completas

La segunda perspectiva a partir de la cual valorar la completitud o no completitud de una norma está constituida, como he señalado, por la *voluntad del legislador*: aquí, una norma es completa si y solo si es tal *para el legislador*. Al respecto, Bentham distingue *tres perfiles*:

1. El perfil de la formulación, o expresión ("*expression*"), de la norma;
2. El perfil de la conexión ("*connection*") entre las diversas disposiciones ("*provisions*") en la cual la norma se articula;
3. El perfil de la finalidad ("*design*") de la norma.

El parámetro de la completitud de una norma respecto de su *expresión* y/o de su *conexión* está dado por la *voluntad efectiva* del legislador histórico. El parámetro de la completitud de una norma respecto de su *finalidad* está dado, en cambio, por la *voluntad hipotética* del legislador histórico. Sin embargo, también desde esta última perspectiva, si se quiere *comprender* y *afrontar conscientemente* el problema de la completitud de una norma, es necesario servirse de los instrumentos preparados por el filósofo del derecho positivo y por el científico de la legislación.

Además de los cuatro modelos de norma recién considerados, que parecen relevantes para valorar la completitud de las normas desde el punto de vista de su expresión, es necesario mencionar un *modelo teórico* de completitud por conexión y un *modelo censorio* de "correcta" valoración de la completitud teleológica o desde el punto de vista de la finalidad. De este modelo forman parte algunas directivas metodológicas. Veamos con mayor detalle de qué se trata.

1. Una norma es *completa* desde el punto de vista de su *expresión* —sostiene Bentham— si el legislador la presenta como tal en sí misma o como parte de un código "completo" de normas.

Sin embargo, la completitud de una norma, desde el punto de vista de la voluntad legislativa, no implica necesariamente que dicha norma sea *operativamente* completa; para ello, podría faltar una *disposición definitoria* —o en función "expositiva"— que determine de modo autoritativo qué

significado deba ser atribuido a algún término utilizado en la formulación de la norma, de modo de *no dejar espacio* a dudas interpretativas y aplicativas.

En tal caso, según Bentham, el legislador ha reenviado tácitamente al intérprete a las opiniones de las personas expertas en el ramo. En caso que estas últimas no ofrezcan indicaciones unívocas acerca del sentido que debe ser preferido, el intérprete debe consultar un diccionario de los términos de la disciplina pertinente, si se trata de un vocablo técnico, o bien de un diccionario de la lengua natural en el cual la disposición está redactada, si se trata, por el contrario, de un vocablo de uso común[169].

2. Una norma es *completa* desde el punto de vista de la *conexión* de las disposiciones con las que se articula —sostiene Bentham— si y solo si el legislador ha formulado las disposiciones singulares de modo que su carácter de partes, o articulaciones, de una misma norma sea claramente perceptible.

Para este fin, el legislador puede adoptar dos técnicas distintas de redacción. Una primera técnica de redacción consiste en la *conexión por yuxtaposición* ("*connection by juxtaposition*"), es decir, en formular en secuencia, dentro del mismo documento legislativo, todas las disposiciones constitutivas de una misma norma. Una segunda técnica de redacción consiste, por el contrario, en la *conexión por reenvío* ("*connection by reference*"), es decir, en introducir disposiciones que indiquen al lector en qué documentos legislativos, o partes de documentos legislativos, se puedan encontrar las distintas disposiciones constitutivas de una misma norma[170].

Cuando se evidencie que un legislador haya formulado las diversas disposiciones constitutivas de una misma norma, de modo casual y disipado, sin prestar atención a sus recíprocas relaciones, no se puede sino tomar nota de la voluntad, habitualmente fundada sobre la ignorancia, de no emitir normas formuladas de forma completa desde el punto de vista de la conexión de sus partes constitutivas.

Particularmente, respecto de las normas coercitivas que, por definición, contienen una parte sancionatoria con carácter predictivo, sostiene Bentham que son formuladas de modo completo desde el punto de vista de la fácil perceptibilidad de sus partes constitutivas, cuando el legislador haya tenido

---

169 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 158-159.

170 Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 159.

cuidado de "anudar" a las partes sustanciales de la norma que determinan el ilícito y la pena, aquellas partes procesales que influyen sobre la probabilidad de la efectiva imposición de la sanción[171].

3. Finalmente, una norma es *completa* desde el punto de vista de su *finalidad* ("*design*") —sostiene Bentham— si la formulación de la norma es idónea para cubrir exactamente *todos* los casos —ni uno más ni uno menos— que el legislador *habría querido regular a través de ella*, si la eventualidad se hubiese presentado en su mente. La completitud teleológica de una norma es, por tanto, una *propiedad de disposición*, que se mide en relación con los posibles *deseos* del legislador acerca de su ámbito de aplicación[172].

En este caso, el parámetro de la completitud de una norma está constituido no ya por la (presunta) voluntad efectiva del legislador, sino por su *voluntad hipotética* o *contrafáctica*; de una voluntad que el intérprete le atribuye, suponiendo: a) una desatención ("*inadvertency*") del legislador en el reconocimiento de los hechos regulados por la norma, o bien, b) un error suyo en la valoración de los mismos ("*error of judgment*") o, incluso, c) una actitud desviada (una "*perverse affection*")[173].

En esta perspectiva, una norma puede revelarse *incompleta* respecto de su (presunta) finalidad, de dos modos distintos: por *defecto de extensión* ("*lex minus dixit quam voluit*"), o bien, por *defecto de distinción* ("*lex magis dixit quam voluit*").

Por ejemplo, presentaría tales defectos —observa Bentham— la norma contenida en un estatuto de la Comuna de Bolonia, hecha celebre por Pufendorf, según la cual:

---

171 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 168: "So many exemptive circumstances as are established, so many incidents there are that may fall out between the cup of punishment and the lip of the offender. Say then that an offender will be punished at all events, and you say what is not true. He will not be punished, not a grain of punishment will reach him, if any of those events take place the happening of which is invested by the law with the quality of an exemptive circumstance. It follows that the prediction which the comminative clause consists of, that this prediction, I say, if uttered absolutely is not true (...) One way of doing this [i.e., of making it true, ndr] (...) is by making references to the several laws of procedure".

172 Sobre el punto Cfr. ALCHOURRÓN, C.E., *On Law and Logic*, pp. 331 ss.

173 BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 162.

"Quien haga correr sangre en las vías públicas será severamente castigado"[174].

En realidad, asumiendo que la finalidad de dicha norma fuese sancionar los comportamientos lesivos de la vida y de la integridad física de las personas en las vía públicas, ésta es manifiestamente defectuosa: (i) *bajo el primer perfil* (defecto de extensión) ya que, literalmente entendida, no prevé alguna pena para quien, por ejemplo, mate a alguien en la vía pública sin esparcir sangre; (ii) *bajo el segundo perfil* (defecto de distinción) ya que, literalmente entendida, prevé que sean severamente sancionados también los esparcimientos de sangre en las vías públicas que tengan lugar por finalidades terapéuticas (piénsese en el médico que practique un sangrado con el fin de quitar la sangraza a un paciente que sufre una enfermedad).

Respecto de estas eventualidades, distinguiendo entre una "interpretación estricta" o propiamente dicha y una "interpretación liberal" ("*liberal interpretation*") de las disposiciones legislativas, Bentham formula una serie de consideraciones de *metodología hermenéutica*, algunas de las cuales con carácter manifiestamente prescriptivo. En concreto, sostiene Bentham:

(a) Que el único modo de obviar una (presunta) discrepancia entre el tenor literal de la norma, por un lado, y la *voluntad hipotética* del legislador, por el otro, consiste en proceder mediante una interpretación *liberal* de la disposición. En efecto, la interpretación *estricta*, o propiamente dicha, resulta excluida por definición, por ser el modo a través del cual el intérprete se limitaría a realizar la (presunta) *voluntad efectiva* del legislador;

(b) Que es bastante fácil presentar una interpretación liberal *como si* fuese un caso de interpretación estricta, confiándoles así totalmente la norma a los intérpretes;

(c) Que, por tanto, cualquiera que sea la calificación que le den los intérpretes, las interpretaciones que pretendan remediar los defectos de extensión y de distinción arriba enunciados deben siempre y, en todo caso, considerarse el producto de una interpretación liberal;

(d) Que la interpretación liberal debería ser utilizada aduciendo la *falta de atención* del legislador, y en ningún caso su *error de juicio* o, peor aún, su *perverso propósito*;

[174] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, p. 161.

(e) Que solo en el primer caso, en efecto, la interpretación liberal puede decirse *secundum legem* o, podremos decir, una "*law-abiding interpretation*", mientras en los otros dos casos, esa sería una operación manifiestamente *contra legem*: una "*overruling interpretation*", una interpretación que, bajo el pretexto de adecuar una norma a la hipotética intención del legislador tiene, por el contrario, el efecto de anular la norma legislativa originaria;

(f) Que, en cada caso, "interpretación liberal" es una denominación eufemística con la cual se suele referir a la *modificación* de las normas por parte de sus (pretendidos) intérpretes: de este modo, en efecto, el derecho es *cambiado* —para el singular caso, o bien para todos los casos de una clase, si la interpretación adquiere fuerza de norma general[175]—.

Normas permisivas completas

Las anteriores consideraciones conciernen a las normas imperativas. En relación con la "completitud" de las normas permisivas sobrevenidas, o en función desobligatoria, Bentham sostiene:

(a) Que, desde la perspectiva de su *formulación*, es utilizable un solo modelo: el de la norma imperativa simple;

(b) Que, desde la perspectiva de su *conexión* con las normas imperativas sobre las cuales van a incidir, es necesario distinguir —y tener presente— cuatro posibles casos:

1. Exacta sobreposición de los ámbitos de aplicación de las dos normas;
2. Total inclusión del ámbito de aplicación de la norma permisiva en el de la norma imperativa;
3. Total inclusión del ámbito de aplicación de la norma imperativa en el de la norma permisiva;
4. Parcial sobreposición de los ámbitos de aplicación de las dos normas.

Exacta sobreposición: la norma permisiva tiene un ámbito de aplicación exactamente coincidente con el ámbito de aplicación de la norma imperativa sobre la cual va a incidir, de modo que entre las dos normas subsiste, por

[175] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, pp. 162 ss., 239-241.

tanto, una antinomia "total-total" (en la terminología introducida por Alf Ross). Ejemplo:

N1: "Prohibido pescar"

N2: "Permitido pescar".

Inclusión de la norma permisiva: la norma permisiva tiene un ámbito de aplicación totalmente incluido en el ámbito de aplicación de la norma imperativa sobre la cual va a incidir; entre las dos normas subsiste, por tanto, una antinomia "total-parcial" (en la terminología de Ross).

Ejemplo:

N1: "Prohibido pescar".

N3: "Permitido pescar merluzas".

Inclusión de la norma imperativa: la norma permisiva tiene un ámbito de aplicación más amplio que el de la norma imperativa sobre la cual va a incidir; entre las dos normas subsiste, por tanto, nuevamente, una antinomia "total-parcial". Ejemplo:

N1: "Prohibido pescar en el mar".

N4: "Permitido capturar animales en estado libre".

Parcial sobreposición: la norma permisiva y la norma imperativa tienen ámbitos de aplicación que coinciden solo en parte; entre las dos normas subsiste, por tanto, una antinomia "parcial-parcial" (siempre en la terminología de Alf Ross). Ejemplo:

N1: "Prohibido pescar".

N5: "Permitido procurarse alimentos naturales".

21. NOTAS FINALES SOBRE EL IMPERATIVISMO BENTHAMIANO

Antes he mencionado la opinión de Norberto Bobbio, según la cual es necesario distinguir dos formas de imperativismo: el *imperativismo ingenuo* y el *imperativismo crítico* (*supra*, §8).

El imperativismo ingenuo se caracterizaría, como se ha visto:

(a) Por concebir el derecho como un conjunto de órdenes del soberano, dirigidos a los *ciudadanos comunes* y, además,

(b) Por la *desatención* respecto de la "estructura" de los imperativos jurídicos. El imperativismo crítico se caracterizaría, por el contrario:
(a') Por sostener que los ("verdaderos") destinatarios de los imperativos jurídicos no son los ciudadanos comunes sino los jueces y los otros órganos que aplican el derecho y, además,
(b') Por haber reflexionado sobre la estructura de los imperativos jurídicos, llegando a la conclusión que se tratarían, típicamente, de enunciados condicionales o hipotéticos, del tipo: "Si A, debe ser B", donde "B" —en la perspectiva de Kelsen, exponente paradigmático del imperativismo crítico— simboliza alguna sanción coercitiva.

Bobbio adscribe *en masa*, al imperativismo ingenuo, a todos los teóricos anteriores al siglo XX: desde "Hobbes a Austin, incluso Thon". Bentham, sin embargo, no es expresamente mencionado.

Respecto de la clasificación bobbiana, ¿Dónde se sitúa la teoría de las normas jurídicas de Bentham? ¿Recae puntualmente en el imperativismo ingenuo como las otras teorías previas al siglo XX? ¿Se trata quizás de un tercer tipo de imperativismo, ni ingenuo ni crítico, para el cual es necesario encontrar una oportuna etiqueta? O ¿no se trata, por el contrario, de una anticipación fulgurante del imperativismo crítico? Un prototipo crítico que, de haber sido conocido, en su tiempo, por los cultores de la filosofía del derecho positivo, habría hecho ahorrar dos siglos de laboriosas investigaciones.

Dejando la última pregunta, profético-contrafáctica (ni siquiera la teoría se hace con los "si"), intentaré proveer una respuesta a las precedentes. Esto dará ocasión para recapitular los principales aspectos de la teoría benthamiana del derecho, en relación con cuatro perfiles:

1. Los elementos constitutivos del derecho;
2. Los destinatarios de las normas jurídicas;
3. La estructura de las normas jurídicas;
4. Las relaciones entre normas jurídicas.

21.1. Elementos constitutivos del derecho

Por cuanto concierne a los *elementos constitutivos del derecho*, Bentham se revela como exponente paradigmático de un *imperativismo de tipo coercitivista*. Considera, en efecto:

(a) Que los *ingredientes esenciales* de los derechos positivos están constituidos por las normas imperativas *principales*, las cuales ordenan o

prohíben comportamientos de los ciudadanos comunes ("*people at large*").

(b) Que la función de tales normas consiste en *imponer obligaciones jurídicas* a sus destinatarios, haciendo no (más) libres, no (más) puramente opcionales, ciertos comportamientos suyos.

(c) Que, sin embargo, no hay *obligaciones jurídicas* en ausencia de *normas subsidiarias* que establezcan *sanciones negativas* para la violación de las normas principales, y en ausencia de una (relevante) probabilidad que tales sanciones serán efectivamente impuestas por los órganos jurídicos competentes (los jueces y sus auxiliares).

(d) Que los denominados *derechos subjetivos* son posiciones jurídicas subjetivas no independientes sino siempre correlativas de obligaciones jurídicas a cargo, bien de personas determinadas o bien de clases de personas indeterminadas.

Dicho esto, sin embargo, Bentham sostiene que en el derecho hay *también* normas de distinto tipo, las cuales son normas *jurídicas* al igual que las normas imperativas *in popolum*. Entre estas últimas, Bentham incluye, como se ha visto:

1. Las *normas constitucionales in principem*, con las cuales un soberano asume el deber jurídico de no emitir normas que incidan negativamente sobre las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos, y cuya eficacia se hace depender de sanciones no jurídicas sino auxiliares, religiosas y/o morales (supra, §12).
2. Las *recomendaciones constitucionales*, con las cuales un soberano invita a sus propios sucesores a asumir el deber jurídico de no emitir normas que incidan negativamente sobre las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos, indicados contextualmente.
3. Las *normas de premio* que, a diferencia de las *normas coercitivas*, confían la realización de su finalidad en el pago de recompensas para los comportamientos socialmente deseados.
4. Las *normas puramente directivas in populum*, que confían la realización de su finalidad únicamente en sanciones auxiliares, religiosas y/o morales;
5. Las *normas permisivas (no-imperativas) originarias en función propedéutica*, emanadas con el fin de acompañar la producción de normas coercitivas que limiten la libertad natural de los individuos;

6. Las *normas permisivas (no-imperativas) originarias en función aseverativa-limitativa*, cuya emisión asegura a los individuos acerca de la titularidad de ciertos derechos de libertad y acompaña la producción, expresa o tácita, de normas coercitivas que prohíben a los nomotetas subordinados a emitir normas contra las libertades y tener comportamientos, en cualquier caso, lesivos a las libertades individuales indicadas;
7. Las *normas permisivas implícitas que adscriben una competencia normativa*, con las cuales el soberano permite a determinados sujetos ejercer un cierto poder normativo, sin proveer, sin embargo, tal permiso de disposiciones coercitivas dirigidas a asegurar la observancia de estas normas subordinadas por parte de sus destinatarios;
8. Las *normas permisivas explícitas que adscriben una competencia normativa*, que atribuyen expresamente poderes normativos a individuos o clases de individuos;
9. Las *normas permisivas (no-imperativas) sobrevenidas en función revocatoria*, que invalidan totalmente normas imperativas previamente emitidas, con el consiguiente restablecimiento de la libertad preexistente;
10. Las *normas permisivas (no-imperativas) sobrevenidas en función restrictiva*, que invalidan parcialmente las normas coercitivas previamente emitidas, introduciendo limitaciones o excepciones a su actuar, o bien extendiendo limitaciones o excepciones preexistentes.

A la luz de esto, para caracterizar la teoría de las normas jurídicas de Bentham, se podría hablar de un *imperativismo moderado*:

a) *No ontológico.* Bentham no cree que exista un único tipo de normas jurídicas: las normas imperativas;
b) *Non esencialista.* Bentham no considera que haya un verdadero concepto, de corte platónico, de "norma jurídica";
c) *Funcionalista.* la centralidad de las normas coercitivas es el reflejo de consideraciones acerca de la función, y la utilidad, del derecho en un universo de otro modo regido por la ley universal de libertad;
d) *Non reduccionista.* Bentham no está interesado en reducir todas las normas jurídicas a un solo tipo, en particular, a normas imperativas aparentes o camufladas; prefiere adoptar, en cambio, la idea de la necesaria implicación, o necesaria conexión, entre normas permisivas y normas imperativas; esta última refleja, a su vez, los ideales regulativos inspirados

en el principio de razón suficiente según el cual "ninguna norma sin finalidad", "ninguna norma carente de efectos útiles";

e) *De coacción débil.* Bentham, como se ha visto, no configura la sanción *jurídica* como condición necesaria de la *juridicidad* de las normas imperativas.

21.2. Destinatarios de las normas jurídicas

Por cuanto concierne a los destinatarios de las normas jurídicas, resulta evidente que la teoría de Bentham no pueda de algún modo ser incluida entre los imperativismos ingenuos. Se ha visto, por el contrario, que según Bentham:

1. De algunas normas jurídicas son destinatarios los ciudadanos comunes ("normas principales"); de otras normas jurídicas son, en cambio, destinatarios los detentadores subordinados de poder normativo, incluidos los detentadores parciales de poder soberano ("normas subsidiarias", normas de competencia); de otras normas jurídicas, además, es destinatario el propio soberano y sus sucesores ("normas constitucionales *in principem*", recomendaciones constitucionales);
2. Los ciudadanos comunes son los *destinatarios indirectos* de las normas subsidiarias sancionadoras o de premio, que permiten o prescriben a los órganos de aplicación sancionar o premiar ciertos comportamientos en ciertos modos; tales normas, en efecto, implican normas imperativas simples directamente dirigidas a ellos, de modo que estas últimas, en presencia de las normas subsidiarias, devienen en superfluas.

Este modo de ver será propuesto nuevamente, ciento cincuenta años después, por Hans Kelsen, quien, por la misma razón de Bentham, reservará el nombre de "norma primaria" a la norma sancionadora inmediatamente dirigida a los órganos de aplicación, y denominará, por el contrario, "normas secundarias" a las normas imperativas simples de Bentham (Cfr., cap. V, § 5).

21.3. Estructura de las normas jurídicas

Contrariamente a los imperativistas ingenuos, objeto de la crítica de Bobbio, Bentham, como se ha visto, ha desarrollado minuciosas investigaciones acerca de la *estructura* de los imperativos jurídicos:

1. Analizando los *elementos constitutivos de las normas*: aspectos normativos, sujetos, objetos, circunstancias;

2. Distinguiendo, en particular, entre *normas incondicionadas* y *normas condicionales*, y elaborando una articulada tipología de las condiciones (calificativas o extensivas, limitativas o de excepción, etc.);
3. Delineando una tipología de los distintos *grados de completitud* —nuevamente, desde un punto de vista *estructural*— de las normas; desde la estructura atómica de las normas puramente directivas a la estructura compleja de las normas con una parte directiva y una parte sancionadora a las normas subsidiarias y de remedio vinculadas;
4. Caracterizando cada norma como compuesta de dos elementos fundamentales: el carácter normativo ("aspecto") y el contenido normativo (el "objeto", o bien el comportamiento, comisivo u omisivo, regulado por la norma).

21.4. Relaciones entre normas jurídicas

Finalmente, como se ha visto, Bentham considera que las normas jurídicas que componen cualquier derecho positivo no son elementos sin relación entre sí, simplemente yuxtapuestos. Considera, por el contrario, que entre las normas jurídicas median relaciones de diversos tipos, de las cuales cada legislador, o aspirante a tal, debería tener cuenta *en caso intente obrar racionalmente*.

En *primer lugar*, hay *relaciones* "necesarias", "lógicas" o *estáticas*. Son de este tipo:

a) Las relaciones —de *necesaria implicación*, *necesaria incompatibilidad* (repugnancia) o *independencia*— que median entre las normas jurídicas, considerando su carácter deóntico ("aspecto") y su contenido normativo ("objeto").
b) Las relaciones, siempre de necesaria implicación, entre las normas subsidiarias sancionadoras y las correspondientes normas imperativas simples.

En *segundo lugar*, hay *relaciones* (podríamos decir) de *implicación funcional*. Son de este tipo, por ejemplo, las relaciones entre las normas permisivas —en cuanto normas *parasitarias*— y las "vinculadas" normas imperativas sancionatorias.

En *tercer lugar*, hay *relaciones dinámicas*, entre normas originarias y normas sobrevenidas, provenientes de *una misma fuente*, o bien de *fuentes*

distintas y jerárquicamente ordenadas, de las cuales una es "inferior" o delegada, y otra es "superior" o delegante.

En cuarto lugar, finalmente, hay en la teoría benthamiana una clara consciencia de la importancia de las *normas de competencia*: de las normas mediante las cuales el soberano adscribe poderes normativos a agentes subordinados.

La reflexión sobre la "estructura" de los "ordenamientos" o "sistemas" jurídicos positivos —desde la perspectiva de las normas que confieren poderes normativos— constituirá, como veremos, uno de los aspectos distintivos de las más destacadas teorías del derecho del siglo XX, entre ellas, sobre todo, la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen (Cfr. cap. V).

Capítulo II: Los imperativismos del siglo XIX: John Austin y la *Analytical Jurisprudence*

"As principles abstracted from positive systems
are the subject of general jurisprudence,
so is the exposition of such principles its exclusive or appropriate object.
With the goodness or badness of laws, as tried by the test of utility
(or by any of the various tests which divide the opinions of mankind),
it has no immediate concern"

John Austin

"But, fortunately for the progress of science then,
he [Austin] was just broad enough to free himself from Bentham,
and just narrow enough to save himself from Kant and Hegel"

Sheldon Amos

Sumario: *1. La edad del positivismo imperativista.– 2. El mapa austiniano del saber jurídico.– 2.1. Particular jurisprudence.– 2.2. Science of legislation.– 2.3. General jurisprudence.– 3. El método analítico de la general jurisprudence.– 4. Un imperativismo radical.– 5. La teoría austiniana de las órdenes.– 5.1. Deseo dirigido a los comportamientos ajenos.– 5.2. Voluntad de dañar.– 5.3. Capacidad de dañar.– 5.4. Manifestación del deseo y de la voluntad de dañar.– 5.5. Dos nociones de orden: MacCormick vs. Austin.– 5.6. La "superflua y peligrosa ficción" de la voluntad soberana: dos críticas al voluntarismo austiniano.– 6. Órdenes y reglas jurídicas.– 7. Órdenes particulares, órdenes generales.– 8. Del soberano y de otros políticos superiores.– 8.1. Soberanos monocráticos, soberanos colegiados.– 8.2. Soberano y producción de normas jurídicas.– 8.3. ¿Límites jurídicos al poder del soberano?.– 8.4. Digresión: normas de competencia y normas sobre la producción jurídica.– 8.5. Austin y las normas sobre la producción jurídica.– 9. Leyes accesorias.– 9.1. Leyes interpretativas. Fragmentos de hermenéutica austiniana.– 9.2. Leyes derogatorias.– 9.3. Leyes imperfectas.– 9.4. Más sobre las normas constitucionales.– 10. Imperativos disimulados.– 11. La herencia de Austin.*

1. LA EDAD DEL POSITIVISMO IMPERATIVISTA

El legado de la cultura jurídica del siglo XIX a la del siglo XX comprende, además de los dos modelos de filosofía del derecho positivo mencionados en el inicio (cap. I, § 2) —el *modelo inglés* y el *modelo germánico*, que veremos con mayor detalle en este capítulo y en el siguiente—, también algunos modos de pensar acerca de la naturaleza del derecho, la interpretación jurídica, la interpretación judicial del derecho y la ciencia jurídica, que serán sometidos a una crítica, a veces radical, por parte de los teóricos del siglo XX. Entre estos modos de pensar figuran, sobre todo:

1. La *concepción imperativista del derecho*, o imperativismo, según la cual, como se ha visto, el derecho sería esencialmente un conjunto de órdenes y *prohibiciones* de un cierto tipo;
2. La *idea de la sistematicidad del derecho*, según la cual todo derecho positivo (evolucionado) sería, no ya un mero *agregado* de materiales yuxtapuestos más o menos casualmente y confiados al arbitrio de legisladores transitorios, sino un *sistema*: un *todo*, *orgánico* y *ordenado* de algún modo, dotado de las propiedades de *coherencia* y *completitud* —si no en la superficie, ciertamente en el nivel más profundo de la realidad de un derecho positivo, hasta el cual solo la ciencia jurídica está en capacidad de penetrar—;
3. La *concepción cognoscitivista* —o, como se suele decir también, *formalista— de la interpretación jurídica*, según la cual la interpretación de los materiales jurídicos por parte de los operadores del derecho —jueces, funcionarios administrativos, juristas— sería una actividad puramente cognoscitiva de un *sentido* o de un *pensamiento* dado; por tanto, tendría carácter avalorativo (*wertfrei*), técnico, científico, no creativo y políticamente neutro—;
4. La *concepción mecanicista* —también denominada *logicista*, o *silogística— de la aplicación judicial del derecho*, según la cual la actividad jurisdiccional sería una actividad puramente "lógica" pues la sentencia judicial, identificada con la prescripción individual del dispositivo, sería deducida de premisas determinadas, al igual que la conclusión de un silogismo;
5. La idea de la *cientificidad de la jurisprudencia*, según la cual el *allgemeine Rechtslehre* y las ciencias jurídicas sectoriales, de ser practicadas de una determinada manera —por ejemplo, como veremos, siguiendo los

métodos definidos por Savigny, Ihering y sus seguidores, promotores de una jurisprudencia rigurosamente "dogmática" y "técnica"— serían disciplinas puramente cognoscitivas y merecedoras, para todos los efectos, de ser consideradas propiamente verdaderas *ciencias*, al igual que las ciencias histórico-naturales y que las ciencias formales.

Estas ideas, consideradas junto con otros cinco modos de pensar, caracterizan una particular teoría del derecho positivo, generalmente identificada de un modo indiscriminado con el *positivismo jurídico* del siglo XIX, es decir, con lo que Norberto Bobbio —en uno de sus más destacados y logrados intentos de aclarar el sentido de la equívoca locución "positivismo jurídico"— ha denominado "teoría *positivista* del derecho *en sentido estricto*". Estos otros modos de pensar son, en particular:

6. La *tesis de la artificialidad del derecho*, según la cual el conjunto de prescripciones que solemos llamar "derecho" es un *artefacto* social: el producto de la convivencia de una multitud de personas en un espacio y en un tiempo determinados (una tesis que, con oportunos afinamientos, circulará en la teoría del siglo XX tardío, con el nombre de "tesis de las fuentes sociales" del derecho o "tesis social"); a esta tesis se le vincula, a menudo, con aquella otra según la cual el derecho natural *no es*, propiamente hablando, *derecho* sino *moral* ("sólo el derecho positivo es derecho");
7. La *tesis de la coercitividad del derecho*, según la cual el derecho es un conjunto de normas cuya eficacia depende del uso de la fuerza;
8. El *estatalismo*, según el cual el derecho es derecho *estatal*, ya que solo aquella particular organización iuspolítica que es el estado puede disponer de la fuerza necesaria para hacerlo valer;
9. El *legalismo*, según el cual la ley —en cuanto creación de un legislador jurídicamente omnipotente— es la fuente exclusiva o, al menos, prioritaria del derecho; y,
10. La *tesis de la moralidad contingente del derecho*, según la cual el contenido de las normas jurídicas positivas puede ser, como puede no ser, conforme con los preceptos de lo que cada individuo considere que es la "verdadera" moral (algún sistema de derecho natural, alguna moral crítica o filosofía de la justicia, etc.), si bien refleja siempre, en alguna medida, los principios de una o más morales positivas o de una o más

filosofías de la justicia (una tesis a la que, en la teoría del siglo XX tardío, se hará referencia mediante la opaca etiqueta de la "tesis de la separación" —o tesis de la separabilidad— entre el derecho y la moral: cfr. cap. I,§ 7.2.)[176].

Por razones de claridad terminológica quizás sería más oportuno denominar a una teoría del derecho caracterizada por las diez tesis antes enumeradas como *positivismo estatalista legislativo* o, haciendo menos el equívoco término "positivismo", *teoría* estatallegalista *del derecho positivo*, distinguiéndola así de las demás teorías del derecho positivo en la cultura jurídica del siglo XIX, entre ellas, por ejemplo, la teoría de Savigny, que es visceralmente *antilegalista* (como veremos en el cap. III, § 2) y la teoría de Thon, que rechaza la *tesis de la coercitividad*, el *estatalismo* y el *legalismo* (como veremos, a su vez, en el cap. III, §§ 5 ss.)[177]. En conclusión, que-

---

176 Para una introducción al positivismo jurídico, cfr. CHIASSONI, P. *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*; Id., *El discreto placer del positivismo jurídico*, cap. I.

177 Cfr. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 151 ss., 279 ss.; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 107 ss. Sugiere Bobbio que el positivismo estatalista legislativo debe ser rigurosamente distinguido de otras posiciones habitualmente etiquetadas como "positivismo jurídico", entre ellas: (i) la particular teoría del derecho positivo, que Bobbio denomina "teoría *positivista* del derecho *en sentido lato*", que es el resultado de la revisión crítica de las ideas antes enumeradas, y que es un producto de las corrientes analítico-kelsenianas del siglo XX; (ii) el "positivismo jurídico" como (opaca denominación de la) posición epistemológica que propugna una "aproximación científica" al derecho positivo —"positivismo como método", "positivismo metodológico" o, en las palabras de Carlos S. NINO, "positivismo conceptual"—; (iii) el "positivismo jurídico" como (opaca denominación de cualquier) doctrina moral de la obediencia al derecho positivo, *en cuanto* derecho positivo —"positivismo como ideología", "positivismo ideológico", "legalismo ético" o "formalismo ético"—, a propósito del cual Bobbio distingue las posiciones moderadas, que adscriben a los sujetos sometidos a los ordenamientos jurídicos un deber de obediencia condicionado a la satisfacción, por parte de estos últimos, de algunas condiciones más o menos exigentes (garantía de la paz, del orden, de la certeza y de la justicia legal; garantía de la vida y de la seguridad individual; garantía de los derechos civiles y políticos, etc.) y las posiciones extremas, que propugnan, por el contrario, un deber *incondicional* de obediencia al derecho, a menudo vinculadas con formas de "exaltación" de la eticidad intrínseca del estado y de la justicia intrínseca del derecho, y que, bien vistas las cosas, serían injustamente imputadas al "positivis-

riendo encontrar un modo unitario de caracterizar el positivismo jurídico del siglo XIX que sea respetuoso de las profundas diferencias teóricas recién mencionadas, se podría hablar de un *positivismo imperativista.*

En la cultura jurídica inglesa del siglo XIX, una posición de imperativismo radical fue sostenida, como fuera señalado en el capítulo precedente, por el principal continuador de la filosofía del derecho positivo de Bentham: John Austin. En lo que sigue intentaré dar cuenta, sumariamente, de sus ideas filosóficas y metafilosóficas.

2. EL MAPA AUSTINIANO DEL SABER JURÍDICO

Favorecida por notables precedentes, aunque sin mayor influencia, representados por Thomas Hobbes y, sobre todo, por Jeremy Bentham, la invención de la filosofía del derecho positivo en la cultura jurídica de lengua inglesa es usualmente ubicada en la primera mitad del siglo XIX, y asociada con la idea de una "*general jurisprudence*", que tomará luego el nombre de "*analytical jurisprudence*", en contraste con otras orientaciones de investigación como la "*historical jurisprudence*", la "*sociological jurisprudence*", la "*evolutionary jurisprudence*", la "*ethical jurisprudence*", etc.[178]. A su

mo" por sus críticos. "¿Pero hay alguno —se pregunta BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, p. 116— entre los juristas positivistas que haya sostenido una doctrina semejante? Incluso en el sistema hobbesiano, en el cual es justo aquello que es ordenado por el soberano, la razón de la obediencia decae cuando las leyes, en lugar de asegurar la realización del fin para el cual han sido puestas (la protección de la vida individual), lo ponen en grave peligro". Sobre la utilidad actual del análisis bobbiano —y hartiano— del "positivismo jurídico", y sobre la exigencia de aplicar el mismo método de investigación a la tesis de la "separación conceptual entre derecho y moral", que constituye el "núcleo" del "positivismo metodológico", cfr., BAYÓN, J.C., *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, cit.. Para una crítica analítica del planteamiento bobbiano, CHIASSONI, P. *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, § 2.

178 Cfr., por ejemplo, *Salmond on Jurisprudence*, G. Williams (ed.), London, pp. 3 ss.; PATON, G.W., *A Text-Book of Jurisprudence*, pp. 4 ss.; DIAS, R.W.M., *Jurisprudence*, pp. 16 ss.; ROSS, A., *On Law and Justice*, cap. 1; COTTERRELL, R., *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, caps. 2 y 3.

vez, la idea de una "*general*" o "analytical" *jurisprudence* es tradicionalmente asociada con la obra de John Austin (1790-1859)[179].

Entre 1828 y 1832, Austin impartió cátedra de "Jurisprudence" en la London University (hoy: University College of London), fundada en 1826 como una opción moderna y reformista —según los preceptos del utilitarismo de Bentham y de sus seguidores— frente a las anticuadas y conservadoras universidades de Cambridge y Oxford.

El texto de las primeras diez lecciones —reenumeradas y reducidas a seis— apareció en 1832, a cargo del propio Austin, con el título *The Province of Jurisprudence Determined* (Delimitación del ámbito de la jurisprudencia)[180]. El texto (incompleto) del curso entero apareció, en cambio, póstumamente, en sucesivas ediciones, a partir de 1861. La última y más completa edición fue publicada en 1885, a cargo de Robert Campbell —quien tomó en cuenta el trabajo editorial previo de la esposa de Austin, Sara Taylor, así como los apuntes de clase tomados por John Stuart Mill— con el título: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*.

En sus lecciones Austin delinea, sobre las huellas de Bentham (pero con una significativa diferencia léxica y conceptual, a la que me referiré en breve), un mapa del *saber normativo* —del saber que tiene por objeto normas o reglas—. En él distingue las disciplinas (diríamos hoy) *puramente cognoscitivas* de las disciplinas (diríamos hoy) *cognoscitivas con función crítica*. Estas últimas, a su vez, son reagrupadas por Austin, bien en el ámbito de la "ciencia de la ética" o "ética" ("*the science of ethics*", "*ethics*"), o bien en el de la "ciencia de la deontología" o "deontología" ("*the science of deontology*", "*deontology*").

En el ámbito de las *disciplinas puramente cognoscitivas*, que versan sobre (diríamos hoy) *normas sociales* que gobiernan, de hecho, el compor-

---

179 Cfr., por ejemplo, MARKBY, W. *Elements of Law Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence*, p. 8: "It was scientific accuracy above all which Austin was seeking for, in order to render a 'philosophy of law possible'; and in this he is thought to have succeeded"; AMOS, S. *The Science of Law*, p. 4: "Mr. Austin [...] may be said to have been the true founder of the Science of Law"; JETHRO BROWN, W. *The Austinian Theory of Law*, pp. xi-xii; HART, H.L.A. *Introduction*, pp. xvi-xviii; BARBERIS, M. *Introduzione all'edizione italiana*, pp. 9, 38-42.

180 AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832.

tamiento de los hombres en determinados contextos espacio-temporales, Austin distingue:

1. La *ciencia de la moral positiva* ("*the science of positive morality*"), que tiene por objeto las normas (o "leyes") de la moral positiva; disciplina que, según Austin, habría sido cultivada solo en lo relativo con aquella parte que, en su propia perspectiva, está constituida por el "derecho internacional" o "derecho de las naciones" (*jus gentium*)[181];
2. La *jurisprudencia* ("*jurisprudence*") que, por el contrario, tiene por objeto al derecho positivo, en cuyo ámbito Austin distingue adicionalmente entre *jurisprudencia general* y *jurisprudencia particular*.

En el ámbito de las *disciplinas cognoscitivas con función crítica* que versan, por el contrario, sobre las normas que *deberían* gobernar el comportamiento de los hombres, Austin distingue igualmente dos disciplinas, homólogas de las dos precedentes:

1. La *ciencia de la moral* o *moral* ("*the science of morals*", "*morals*"), que concierne a la valoración y a la crítica de la moral positiva; y,
2. La *ciencia de la legislación* o *legislación* ("*the science of legislation*" o "*legislation*"), que concierne, en cambio, a la valoración y a la crítica del derecho positivo.

Así, en el mapa austiniano, las disciplinas normativas específicamente *jurídicas* —puesto que están dirigidas al derecho positivo— son tres: la jurisprudencia particular ("*particular jurisprudence*"), la jurisprudencia general ("*general jurisprudence*") y la ciencia de la legislación ("*science of legislation*"). En esta tripartición resuena claramente aquella de Bentham, de la que se distancia de un modo señalado desde el punto de vista terminológico. *En primer lugar*, Austin reserva el nombre de "*jurisprudence*" a los discursos de las disciplinas que conciernen a, o versan sobre, el derecho positivo, excluyendo así que pudieran designar también a los discursos *del* derecho (como sucede, en cambio, en la jurisprudencia expositiva *autoritativa* benthamiana). *En segundo lugar*, Austin reserva el nombre de "*jurisprudence*" solo a los discursos *descriptivos* del derecho positivo, tal como es, excluyendo así que implique también a los discursos de tipo valorativo o crítico.

[181] AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, pp. 126-127.

Así las cosas, veamos brevemente cuáles son, respectivamente, el *objeto* y las *tareas* de las tres disciplinas jurídicas distinguidas por Austin.

2.1. *Particular jurisprudence*

"Habiendo delimitado el campo de la jurisprudencia —escribe Austin[182]— distinguiré la *jurisprudencia general*, o bien la *filosofía del derecho positivo*, de lo que puede denominarse *jurisprudencia particular*, o bien *la ciencia de un derecho particular*, es decir, la ciencia de un sistema de derecho positivo cualquiera, en cuanto existe de hecho ahora, o haya efectivamente existido algún tiempo, en alguna nación específicamente determinada, o en naciones específicamente determinadas".

La jurisprudencia particular —a veces denominada también como "*national jurisprudence*"— es, pues, una disciplina inmediatamente orientada a la *práctica jurídica*, estando dedicada a conocer, y a hacer conocer, el derecho vigente en una determinada comunidad política, con el fin de proveer soluciones a preguntas del tipo: "¿Qué cosa prescribe el derecho en relación con el caso F?" ("*Quid juris?*"). Esta área del saber jurídico corresponde, por tanto, a lo que, aquí y ahora, se suele denominar "ciencia jurídica", "doctrina jurídica", "jurisprudencia" (como calco de "*iuris prudentia*") o también, por metonimia, "dogmática jurídica"[183].

Puesto que la jurisprudencia particular de Austin corresponde a la denominada ciencia del derecho como era, y es aún, practicada en las experiencias jurídicas occidentales, es necesario formular una advertencia. La idea según la cual se trataría de una disciplina *puramente cognoscitiva* aparece —aquí y ahora[184]— extremadamente dudosa. En efecto, no parece que Austin haya

---

182 AUSTIN, J., *Outline of the Course of Lectures*, en Id., *Lectures on Jurisprudence*, p. 31; Cfr., además, AUSTIN, J., *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, en: Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 372.

183 Cfr. BOBBIO, N., *Teoria della scienza giuridica*; GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, pp. 99 ss.; Id., *Scienza giuridica*, pp. 175-180; Id., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, pp. 189 ss.

184 Cfr., por ejemplo, GUASTINI, R., *Produzione di norme a mezzo di norme*, en L. GIANFORMAGGIO, L. y LECALDANO, E. (eds.), *Gli orizzonti della giustificazione in diritto e morale*, pp. 173 ss.; LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di filosofia del diritto*, parte I; cfr., además, KELSEN, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die*

caracterizado el método de la jurisprudencia particular de un modo tal que asegure la objetividad y la avaloratividad de los resultados de sus investigaciones sobre el derecho (según los parámetros actuales de objetividad y de avaloratividad), confinándola, por ejemplo:

(1) A la *identificación de los materiales jurídicos positivos*, sobre la base de los criterios utilizados *de hecho* para tal fin por los operadores prácticos (juristas, jueces, abogados, etc.) en una experiencia jurídica determinada;

(2) A *recopilar las interpretaciones* propuestas *de hecho* y de las *manipulaciones* realizadas *de hecho* por tales operadores jurídicos sobre "su" derecho, dando cuenta de las eventuales diferencias de posición, diacrónicas y/o sincrónicas;

(3) A *recopilar las tesis y las construcciones doctrinales*, incluidas las definiciones de conceptos jurídicos, elaboradas y propugnadas *de hecho* por tales operadores jurídicos, en vista de la interpretación y de la manipulación de los materiales de "su" derecho, dando cuenta de eventuales diferencias de posición, diacrónicas y/o sincrónicas;

(4) A la *formulación de previsiones* acerca de qué interpretaciones y/o qué soluciones a problemas jurídicos podrían ser razonablemente ofrecidas, en aquella experiencia jurídica, a la luz de los criterios interpretativos, de las construcciones doctrinales y de las ideologías jurídicas ahí imperantes.

Por el contrario, parece indudable que, en este tema, el pensamiento de Austin haya estado influido por el modelo más autorizado de ciencia jurídica particular de su época: me refiero al modelo que es posible deducir de los escritos de los más ilustres juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, entre ellos, K. F. Eichhorn, N. Falck, Paul J. Anselm Feuerbach, G. Hugo, F. Mackeldey, C. F. Mühlenbruch, F. C. von Savigny y A. F. J. Thibaut.

2.2. *Science of legislation*

La *science of legislation* (ciencia de la legislación) es aquella parte de la ética, o deontología, que se propone:

---

rechtswissenschaftliche Problematik, 1934, Prefacio y cap. VI (sobre lo cual cfr., además, cap. V).

"determinar el test o el criterio (junto con los principios subordinados o conformes con tal criterio) sobre la base del cual el derecho positivo *debe ser producido* o al cual el derecho positivo *debe ser adecuado*"[185]. (Cursivas agregadas).

A la ciencia de la legislación, que se corresponde *grosso modo* con la *censorial jurisprudence* benthamiana (denominada también, como se recordará, "*the art of legislation*") y a la "*juris prudence*" smithiana, Austin asigna aparentemente cuatro tareas principales.

La *primera tarea* —de carácter puramente cognoscitivo para Austin— consiste en determinar el conjunto de parámetros (el "criterio" y los "principios subordinados") metajurídicos a la luz de los cuales se debe valorar la bondad (justicia, legitimidad) de un derecho positivo o de sus normas individuales; en otras palabras, si el derecho *como* de hecho *es*, en un cierto tiempo y en un cierto lugar, se corresponde o no con lo que *debe ser*.

La *segunda tarea* —de carácter igualmente cognoscitivo para Austin— consiste en comprobar si, y qué partes, del derecho positivo *son* —o bien, *no son*— "como deben ser".

La *tercera tarea* —de carácter crítico o normativo *de iure conditio*— consiste en cuestionar un derecho positivo por su eventual falta de correspondencia con los ("correctos") parámetros metajurídicos de valoración, y en sugerir a los nomotetas los cambios idóneos para adecuarlo a éstos, mediante oportunas derogaciones o sustituciones de normas positivas.

La *cuarta tarea* —igualmente de carácter normativo, pero *de iure condendo*— consiste, finalmente, en sugerir a los nomotetas que pretendan legislar sobre cierta materia, qué contenido deba tener la nueva ley para que sea "como debe ser".

¿Cuáles son, según Austin, los parámetros metajurídicos con base en los cuales se debe valorar la (diríamos hoy) corrección (bondad, justedad) moral de un derecho positivo o de sus normas individuales?

Al respecto, es necesario observar que, según las clasificaciones corrientes en la metaética contemporánea, Austin pertenece a las filas de los

[185] AUSTIN, J., *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 366; cfr., además, Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, pp. 127 ss.

objetivistas ontológicos y de los *cognoscitivistas* morales. En efecto, puede ser considerado entre quienes creen:

1. Que hay principios y valores morales *objetivos*, que existen independientemente de las creencias, valoraciones, aspiraciones o actitudes normativas de los individuos, y que están dotados en sí mismos de *normatividad* o *fuerza vinculante*[186];
2. Que tales principios y valores morales son susceptibles de un *conocimiento objetivo* del mismo modo que, o de modo análogo a, los fenómenos empíricos investigados por las ciencias naturales.

Dicho esto, Austin considera que los parámetros normativos dotados de existencia objetiva y cognoscibles, que determinan cómo debe ser el derecho positivo, están constituidos por las "leyes" o "reglas" del *derecho divino* ("*Divine laws*", "*the law of God*"). Por lo demás, según un antiquísimo modo de pensar al cual se adhiere Austin, hay *dos* tipos de derecho divino: el *derecho revelado* y el *derecho no revelado*[187].

El conocimiento del derecho revelado (cuyos preceptos se dirigen solo a los creyentes) no implica problemas distintos que los conocimiento de cualquier derecho, cuyos preceptos hayan sido comunicados "por medio del lenguaje humano", con la peculiaridad de que las órdenes del derecho revelado pueden ser "pronunciadas directamente por Dios, o bien por servidores que envía para anunciarlas"[188].

Más problemático parece, en cambio, el conocimiento del derecho no revelado, o "derecho natural", cuyos preceptos se dirigen a cualquier

---

186 Una de las más destacadas formulaciones de esta tesis se encuentra, como es conocido, en un pasaje (III, 33) del *De republica* de Marco Tulio Cicerón [106-43 a.C.]: "La verdadera ley es una recta razón [*recta ratio*], congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones [...] no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo [...] ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable [...]" (CICERÓN, M.T., *Sobre la República*, p. 137).

187 Cfr., por ejemplo, DE AQUINO, TOMÁS, *La legge. Summa Theologiae*, Ia-IIae, BARATTA A. (ed.), pp. 91 ss.

188 AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture II, pp. 34-35.

ser humano en cuanto ser humano. Austin rechaza el *cognocitivismo ético irracionalista*, basado sobre la idea de un "sentido moral" innato. La razón es la siguiente: desde esta perspectiva, los juicios morales vendrían a coincidir con la expresión de "sentimientos morales", "últimos" e "inescrutables", de naturaleza "instintiva". No obstante, términos como "instinto" o "instintivo", lejos de reenviar a procesos cognoscitivos *racionales*, es decir, conscientes y articulados en una secuencia reproducible de operaciones,

> "denotan simplemente —observa Austin[189]— nuestra *ignorancia*. Éstos dejan entender que los fenómenos de los cuales estamos hablando *no* son precedidos por causas que el hombre *esté en capacidad de percibir*". (Cursivas agregadas).

Por tanto, contra los partidarios del sentido moral (entre los que considera al obispo Samuel Buttler y al teólogo William Paley), Austin sostiene que las normas de derecho divino no revelado pueden ser conocidas *racionalmente*, si bien de modos no siempre satisfactorios, considerando los límites de las facultades humanas.

Para tal fin, Austin considera que es posible servirnos del principio de utilidad general, asumiendo como punto de partida *autoevidente* —evidentemente justo y verdadero en sí mismo— la benevolencia divina. Escribe Austin:

> "(La) benevolencia de Dios, unida al principio de utilidad general, es nuestro único indicador de —nuestra única guía a— su derecho no revelado. *Dios quiere la felicidad de todas sus criaturas sensibles*. Algunas acciones humanas promueven aquella finalidad benévola, es decir, que sus tendencias [*tendencies*] son beneficiosas o útiles. Otras acciones humanas son contrarias a tal finalidad, es decir, que sus tendencias son perversas o perniciosas. Dios ha *ordenado* las acciones del primer tipo, que promueven el fin perseguido por él; Dios ha *prohibido* las acciones del segundo tipo, que obstaculizan el fin perseguido por él. Él nos ha dado la facultad de *observar*, de *recordar*, de *razonar*, y haciendo un uso diligente de tales facultades, podemos comprobar las tendencias de nuestras acciones. Una vez que conozcamos las tendencias de nuestras acciones y conozcamos su fin benévolo, llegaremos a conocer sus órdenes tácitas (...)

[189] AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture IV, p. 89.

> En la medida en que la bondad de Dios es ilimitada e imparcial, quiere [*designs*] la más grande felicidad para todas sus criaturas sensibles; quiere que la suma de su placer no encuentre otro límite que aquél inevitablemente determinado por la finitud e imperfección de su naturaleza. De los probables efectos de nuestras acciones sobre la más grande felicidad de todos, o bien, de las tendencias de las acciones humanas para aumentar o disminuir tal suma, podemos inferir las leyes que nos ha dado, pero que no ha expresado o revelado"[190].

Por tanto, la ética normativa que fundamenta la ciencia de la legislación austiniana consiste en una particular forma de *utilitarismo teológico*[191], que se diferencia del utilitarismo benthamiano —que es un utilitarismo *ateo*— principalmente por este aspecto. Bentham utiliza el principio de utilidad como factor *nomopoiético* (creativo del derecho), sobre la base del cual se pueden formular normas *nuevas*, que las autoridades nomotéticas humanas deberían adoptar en determinadas circunstancias. Por el contrario, como fuera recién señalado, en la ética austiniana el principio de utilidad no es un factor *nomopoiético*, sino un factor *heurístico*: no sirve para *producir* nuevas normas, sino para *conocer* y para "reproducir" normas ya puestas por la voluntad divina, las cuales funcionan como modelos que —según el esquema iusnaturalista usual, reconsiderado por Austin en clave utilitarista— las leyes humanas deben imitar[192].

2.3. *General jurisprudence*

La *general jurisprudence* (jurisprudencia general), finalmente, es caracterizada por Austin como:

> "la ciencia que se ocupa de exponer los *principios, las nociones y las distinciones comunes* a los sistemas jurídicos (*systems of law*); entendiendo por "sistemas jurídicos" los *sistemas más amplios y maduros* que, en razón de su amplitud y madurez, son en mayor medida ricos para la enseñanza"[193]. (Cursivas agregadas).

---

190 AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture II, pp. 37, 38.

191 Cfr. AGNELLI, A., *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, cap. II.

192 AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, p. 128.

193 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 367.

En las *Lectures* austinianas, la jurisprudencia general es también denominada "filosofía del derecho positivo" o, más raramente, "jurisprudencia comparativa".

La primera de las dos denominaciones —"filosofía del derecho positivo"— es un indicador elocuente de la operación cultural que Austin intentaba llevar a cabo, dedicando un curso de lecciones a la jurisprudencia general, en cuanto *filosofía del derecho positivo*. Se trataba, en particular, de inaugurar y promover —sobre la base de las ideas pioneras de Bentham— una línea de investigaciones especulativas sobre el derecho positivo que, a diferencia de las (entonces) acostumbradas investigaciones iusnaturalistas, no lo trascendiesen con el fin de valorarlo, sino que permaneciesen rigurosamente sobre su terreno. Con esto, Austin pretendía *duplicar el saber filosófico* sobre el derecho positivo, acercando a la ciencia de la legislación, heredera utilitarista de las doctrinas del derecho natural, la nueva disciplina, también filosófica, de la jurisprudencia general[194].

La segunda de las dos denominaciones —"jurisprudencia comparativa"— es, por el contrario, un indicador elocuente de un asunto metodológico fundamental de la jurisprudencia general de Austin: la idea según la cual la reflexión filosófica sobre el derecho positivo no debe ser conducida *a priori*, como investigación de pura razón que no tiene en cuenta la experiencia, sino *a posteriori*, sobre la base de los datos recogidos *comparando distintas experiencias jurídicas* —o, más precisamente, las imágenes que de ellas se obtienen de los documentos normativos y de las obras doctrinales—.

Con base en investigaciones comparatistas del tipo apenas mencionado, Austin considera que los sistemas jurídicos más evolucionados —que identifica con el derecho romano, el derecho judicial inglés moderno, los derechos codificados continentales de Francia y de Prusia— presentan todas las características propias de cualquier sistema jurídico —y, por tanto, compartidas también por los derechos primitivos o menos evolucionados ("*the scanty and crude systems of rude societies*")— además de una serie de características comunes solamente a ellos.

Austin considera además que, en el ámbito de los *principios*, de las *nociones* y de las *distinciones* comunes a todos los sistemas jurídicos (o a

[194] Cfr., en particular, AUSTIN, *Outline of the Course of Lectures*, p. 32.

todos los más desarrollados), existan algunos que "pueden ser considerados *necesarios*", en el sentido que son "constitutivos" de la *estructura esencial* de los derechos positivos, en una determinada fase de su evolución:

> "Dado que —escribe Austin— no podríamos formarnos una imagen adecuada de un sistema jurídico (o de un sistema jurídico como ha evolucionado en una comunidad avanzada), sin contemplarlos desde sus partes constitutivas"[195].

Teniendo ello en cuenta, la jurisprudencia general es presentada también, más precisamente, como la disciplina que:

> "se ocupa directamente de los *principios* y de las *distinciones* que son comunes a los distintos sistemas de derecho particular y positivo, los cuales están *incluidos inevitablemente* en cada uno de tales sistemas, sean éstos merecedores de aprobación o de reprobación (...) O, en otros términos, la jurisprudencia general (...) se ocupa del *derecho como necesariamente es*, antes que del derecho como debe ser; del derecho como *no puede sino ser* (*must be*), *sea este bueno o malo*, antes que del derecho como debe ser, por ser bueno"[196]. (Cursivas agregadas).

Y en otro pasaje —al que sucesivamente se ha dirigido la atención y los dardos de la crítica— Austin llega a afirmar que:

> "El objetivo peculiar de la Jurisprudencia General o Universal (...) consiste en una *descripción* de los contenidos y de los fines del derecho en cuanto sean *comunes* a todos los sistemas, y *de aquellas semejanzas entre distintos sistemas que encuentran su fundamento en la común naturaleza del hombre*, o que se corresponden con puntos similares en sus distintas posiciones"[197].

Según un estudioso autorizado, con esta referencia a semejanzas "fundadas sobre la común naturaleza del hombre", Austin acogería, aunque inconscientemente, una concepción iusnaturalista del objeto de la teoría del derecho, abandonando así el positivismo[198].

---

195 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 368.

196 AUSTIN, J., *Outline of the Course of Jurisprudence*, p. 32.

197 AUSTIN, J., *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 373.

198 Cfr. HART, H.L.A., *Introduction*, en AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, p. xv; el pasaje ha recibido, por el contrario, una interpretación simpatética en otros dos trabajos críticos: AGNELLI, A., *John Austin alle origini*

Cualquiera que sea la solución que se considere dar al problema de exégesis austiniana apenas mencionado (aunque, a la luz del método analítico y empírico-comparativo constantemente adoptado por Austin, la cuestión resulta ser marginal), es necesario preguntarse cuáles serían, para Austin, los principios, las nociones y las distinciones "necesarias" del derecho positivo, es decir, tales de representar los elementos *no accidentales* sino constitutivos, y en tal sentido "estructurales", de los derechos positivos más evolucionados.

A modo de ejemplo, y como resultado de una comparación de los cuatro sistemas jurídicos evolucionados antes mencionados, Austin incluye en esta clase de objetos las siguientes cosas:

1. Los *conceptos jurídicos fundamentales* —o, en su léxico, las "nociones penetrantes"— como "deber" (*duty*), "derecho subjetivo" (*right*), "libertad" (*liberty*), "ilícito" (*injury*), "pena" (*punishment*), "resarcimiento" (*redress*), etc.; estos conceptos —considera Austin— deben ser analizados *sea* tomados en aislado, *sea* en sus relaciones recíprocas y en relación con las nociones de "derecho objetivo", "norma jurídica" (*law*), "soberanía" (*sovereignty*) y "sociedad política independiente" (*independent political society*)[199];
2. La distinción, relativa a las *fuentes* y a los *modos de producción del derecho*, entre el derecho *escrito*, *promulgado* o producido mediante "legislación directa" ("*direct legislation*"), de un lado, y el derecho *no escrito*, *no promulgado* o producido mediante "legislación indirecta" ("*indirect*" o "*indirect legislation*"), del otro[200];

   Una serie de conceptos y de distinciones que conciernen a las "finalidades" (*purposes*) y a los "contenidos" (*subjects*) del derecho positivo en general, entre ellos:

---

del positivismo giuridico; MORISON, W., *John Austin*. Por otra parte, pocos años después el mismo Hart advertirá la exigencia de reconocer un "contenido mínimo de derecho natural" en el derecho positivo, anclándolo en particulares aspectos constantes de la "condición humana", Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, pp. 193 ss.

199 Cfr. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XII-XXVII.

200 Cfr. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XXVIII-XL.

3. La distinción entre *derechos subjetivos absolutos*, o *erga omnes* ("*availing against the world at large*"), y *derechos subjetivos relativos*, o *inter partes* ("*availing exclusively against persons specifically determined*")[201];
4. La distinción, en el ámbito de los *derechos reales*, entre el derecho de *propiedad* y los *otros derechos in rem* ("*the variously restricted rights which are carved out of property or dominion*");
5. La distinción de las *obligaciones* en *contractuales*, de *hechos ilícitos* o de *cuasicontratos* y, finalmente;
6. La distinción entre *ilícitos penales* e *ilícitos civiles*, estos últimos, a su vez, subdivididos en ilícitos aquilianos ("*torts*"), ilícitos por incumplimiento contractual, e ilícitos por cuasicontrato[202].

Las nociones fundamentales, aquellas sobre las cuales es posible delimitar el campo de la jurisprudencia respecto de otros ámbitos de la disciplina, son la noción de *derecho positivo* y la noción (diríamos hoy) de *norma jurídica* ("*law*", "*legal rule*"), con las nociones vinculadas a ellas de *soberanía* y de *sociedad política independiente*. Estas nociones, si bien indicadas de paso en la enumeración recién presentada, constituyen los objetos primarios de la filosofía del derecho positivo austiniana, como resulta de un examen superficial de sus lecciones (y como se verá mejor en breve en los §§ 4 ss. de este capítulo).

3. EL MÉTODO ANALÍTICO DE LA *GENERAL JURISPRUDENCE*

Los principales instrumentos del método analítico, del que debe servirse el teórico (o filósofo del derecho positivo) austiniano del derecho, son mencionados por Austin en algunos pasajes de las lecciones introductorias al curso, publicadas póstumamente con el título *The Uses of the Study of Jurisprudence*[203].

1. Un *primer instrumento* de la jurisprudencia general austiniana está constituido, aparentemente, por lo que podría llamarse *principio de la metódica ignorancia lexical*. Como observó Michel de Montaigne,

201 Cfr. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XLI ss.

202 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 367-368.

203 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 364-393, particularmente, en las pp. 369, 370, 371.

inagotable fuente de citas agudas, "lo notorio no es conocido", y la familiaridad con un objeto o con un término puede acompañarse de la más completa ignorancia acerca de su naturaleza o de su significado[204]. De modo que, a diferencia de los tradicionales juristas institucionales, el teórico austiniano debe asumir *no* conocer el significado de los principales términos jurídicos en uso; ello, como paso preliminar para su desapasionado e ineludible análisis conceptual[205].

2. Un *segundo instrumento* de la jurisprudencia general austiniana está constituido por algunos *rudimentos de análisis del lenguaje*, vistos en parte al tratar el método del Expositor benthamiano (*supra*, cap. I, § 7).
   (i) El teórico austiniano debe ser, ante todo, consciente de la típica *ambigüedad semántica* de los principales términos jurídicos; del hecho que son usados, a menudo, para denotar cosas heterogéneas;

---

204 Para una repercusión del principio de la metódica ignorancia lexical Cfr. HART, H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, 1954, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 21, que se inicia con estas elocuentes palabras: "In law, as elsewhere, we can know and yet not understand".

205 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 369-370: "Pero sería imposible o, en todo caso inútil, intentar una exposición de estos principios, nociones y distinciones [comunes a los sistemas jurídicos más amplios y más maduros, ndr] en tanto que, sobre la base de un *atento análisis, no se haya determinado rigurosamente el significado* de ciertos términos principales que necesariamente debemos utilizar, términos incesantemente recurrentes en cada sector de la disciplina (*science*) que, dondequiera que nos dirijamos, estamos seguros de encontrar. Son de este tipo, por ejemplo, los siguientes: norma jurídica (*law*), derecho subjetivo (*right*), obligación, ilícito, sanción, persona, cosa, acto, omisión. Si el significado de estos términos no está determinado desde el inicio, las especulaciones sucesivas serán una trama de discursos inciertos. A menudo los escritores que se califican y reputan como "*institucionales*" dan por descontado conocer el significado de estos términos, y asumen que tal significado deba ser necesariamente conocido por sus lectores; así, despistados por un criterio de valoración falaz, asumen que tal significado es simple y cierto, ya que las expresiones que los contienen son *familiares*. Sin detenerse a preguntarse sobre el sentido de dichas expresiones, sin sospechar que dicho sentido podría necesitar indagaciones, las arrojan así al lector sin mayor intento de dilucidación, procediendo (sin ceremonias) a hablar de ellas".

por tanto, debe identificar y distinguir rigurosamente sus distintas acepciones[206].

(ii) El teórico austiniano debe saber, además, distinguir dos *usos radicalmente distintos del lenguaje* y, en consecuencia, dos tipos radicalmente distintos de discursos. De un lado, están los *discursos* (diríamos hoy) *descriptivos*, que se proponen aclarar *qué es* una determinada cosa —proveyendo, por ejemplo, respuestas a preguntas como: ¿qué cosa es el derecho no escrito?, ¿en qué se diferencia del derecho escrito?, ¿cuáles son los rasgos que lo identifican?, etc. Del otro, en cambio, están los *discursos* (diríamos hoy) *valorativos*, en los cuales se formulan juicios acerca de los méritos o los deméritos de una cierta cosa, asumiendo que son conocidas sus propiedades[207].

(iii) El teórico austiniano debe saber, luego, reconocer aquellas *expresiones* del lenguaje que son (diría Bentham) *ficticias*, pues carecen de un referente empírico inmediato, como las expresiones dotadas de un "significado complejo" —que designan las "ideas complejas" lockeanas; entre ellas, por ejemplo, los nombres colectivos "idóneos para ser confundidos con entidades reales" ("*existences*")—.

(iv) El teórico austiniano debe saber distinguir, finalmente, entre los *razonamientos cabalmente formulados* y los *razonamientos elípticos*, siendo estos últimos aquellos en los que no han sido expresadas algunas premisas, a veces de fundamental importancia para comprenderlos y valorarlos adecuadamente[208].

3. Un *tercer instrumento* de la jurisprudencia general austiniana está constituido, para concluir este incompleto inventario, por una *teoría de la definición y de sus límites*. Según ella, el teórico austiniano:

(i) Debe saber reconocer y censurar las *definiciones viciadas de circularidad*, en las cuales el término que se trata de definir (*definiendum*) reaparece en la fórmula definitoria (*definiens*);

(ii) Debe saber reconocer y censurar los *abusos del método definitorio*, que son típicamente cometidos en los discursos en los que se pretende resolver problemas teóricos complejos mediante "simples

---

206 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 370.

207 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 371-372, 374-375.

208 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 386.

definiciones", por género y diferencia específica, de ciertos términos aisladamente considerados, confundiendo así un problema de definición real (o *quid rei*) con un problema de definición verbal (o *quid nominis*) y, en todo caso, pretendiendo resolver problemas del primer tipo *como si* fuesen del segundo tipo;

(iii) Debe, finalmente, saber utilizar estos conocimientos para elaborar una filosofía del derecho positivo fundada sobre un aparato de conceptos claros y vinculados entre sí, para componer un discurso coherente:

"Muchos quienes han escrito sobre el derecho —observa Austin[209]— han *definido* tales expresiones. Pero la mayor parte de sus definiciones están construidas de modo tal que, en vez de iluminar la cosa definida, la envuelven en una densa oscuridad. En la mayor parte de los intentos de definir los términos en cuestión hay toda una pedantería sin la realidad de la lógica: la forma y el perfil, sin la sustancia. Las pretendidas definiciones son *circulares*: rotan sobre las mismas expresiones que buscan definir, o sea sobre expresiones que son su equivalente exacto.

En realidad, algunos de estos términos *no toleran una definición* de tipo formal o regular. En cuanto a los otros, definirlos en semejante modo es perfectamente inútil, ya que los términos que aparecen en una definición breve y concisa necesitan de otras tantas dilucidaciones en cuanto a la expresión definida.

El significado de los términos en cuestión es extremadamente complejo. Estos son *breves signos que remiten a largas series de proposiciones*. Y lo que agrava la dificultad de explicar claramente su significado es la íntima e indisoluble conexión que subsiste entre estos. Establecer el significado de cada término, y sacar a la luz la relación que tiene con los otros, no es algo que se pueda obtener por medio de definiciones breves y desvinculadas entre sí, sino que requiere una *disertación larga, intrincada y sistemática* (*coherent*)".

---

209 AUSTIN, J., *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 370. La contraposición entre "definición" y "teoría" constituirá, un siglo después, uno de los pilares de la teoría analítica del derecho de Herbert Hart, Cfr. HART, H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, pp. 21-48; Id., *The Concept of Law*, pp. 13 ss.

Este último punto atañe a la *pars construens* de la jurisprudencia general.

El teórico austiniano no solo tiene, en efecto, labores de recopilación, de (diríamos hoy) *sociología lingüística* —si bien el registro sistemático de los indeterminados y proteiformes usos lingüísticos de los juristas, de los jueces, de los legisladores, y el resaltado de los errores teóricos que se denuncian, deban ciertamente ocupar la primera fase de sus investigaciones—.

El teórico austiniano tiene, además, la tarea de hacer (diríamos hoy) *terapia lingüística y conceptual*: los discursos gaseosos y engañosos deben dejar el campo libre a discursos claros y rigurosos; los conceptos oscuros e indeterminados deben ser sustituidos por conceptos lo más precisos posibles, que reenvíen directamente o indirectamente a datos de experiencia, y que constituyan los elementos de una articulada teoría que dé cuenta adecuadamente del derecho positivo "como es".

4. UN IMPERATIVISMO RADICAL

Considerando que, para evitar confusiones nocivas al progreso del conocimiento, resulta necesario trazar los límites precisos entre las diversas disciplinas que conciernen a las normas reguladoras del comportamiento de los hombres en sociedad, Austin ha sostenido, como acabamos de ver, que el ámbito de la jurisprudencia (*jurisprudence*) debe ser rigurosamente circunscrito al *derecho positivo*, y nada más que al derecho positivo; y que a la *general jurisprudence* le corresponde las investigaciones sobre las nociones, los principios y las distinciones comunes a los derechos positivos, con particular atención a los sistemas más amplios y maduros.

¿Qué características presenta, sin embargo, el fenómeno social designado por la locución "derecho positivo" ("*positive law*")? En otros términos, ¿qué es para Austin el derecho positivo?

En una de las primeras páginas de sus *Lectures*, Austin caracteriza el derecho positivo como el *conjunto* ("aggregate") *de las leyes* ("laws") o *reglas* ("rules") puestas por los hombres que son los *superiores políticos* ("political superiors") en una *nación* o *sociedad política independiente*[210].

[210] AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Lecture I, pp. 86-87.

Por otra parte, Austin advierte cómo en el lenguaje ordinario la palabra "*law*" ("ley") es usada para designar cosas muy distintas y a veces heterogéneas. Entonces, dado que el derecho positivo —o mejor aún, cualquier derecho positivo— es un conjunto de "leyes", ¿de *qué tipo* de "leyes" se trata?

Para dar una respuesta, lo más clara, precisa y articulada posible a esta pregunta, Austin elaboró una teoría del derecho que se caracteriza por un *imperativismo coercitivista radical*: imperativismo *coercitivista* pues, como veremos, instituye una conexión conceptual, o definitoria, entre obligaciones jurídicas y sanciones coercitivas; imperativismo *radical* pues, como veremos, adopta una tipología de las normas jurídicas ("*laws*", "*legal rules*") caracterizada por el *reduccionismo teórico*. Por tanto, en virtud de estos aspectos, el positivismo imperativista austiniano se contrapone tanto al *imperativismo coercitivista moderado* de Jeremy Bentham (*supra*, capítulo I) como, veremos luego, al *imperativismo no-coercitivista* de August Thon, exponente de primera línea de la teoría general del derecho alemana del siglo XIX (capítulo III, §§ 4 ss.).

Ante semejante objetivo, Austin procede, como su maestro Bentham, al análisis de los conceptos y a la redefinición de los términos habitualmente usados para referirse al fenómeno jurídico y a los fenómenos (percibidos como) contiguos y afines.

El punto de partida de la investigación austiniana está constituido por un análisis de los sentidos de la palabra "*law*" ("ley"). Como resultado de ella, Austin observa que cuando se habla de "una ley" ("*a law*"), se puede estar haciendo referencia a cuatro cosas diferentes:

(1) a una ley "positiva" de una sociedad política independiente;
(2) a una ley "divina", expresamente o tácitamente establecida por un ser sobrenatural;
(3) a una ley de la "moral positiva" ("*positive morality*");
(4) a una ley "en sentido metafórico o figurado".

De estos cuatro tipos de "leyes", solo las leyes divinas y las leyes positivas son —sostiene Austin, en vía de estipulación— "leyes en sentido propio" o "propiamente dichas".

De las leyes morales positivas, algunas son leyes *en sentido propio* y otras son leyes *en sentido impropio*; estas últimas, sin embargo, presentan notables afinidades (*resemblances*) con las leyes en sentido propio. En concreto: son *leyes en sentido propio* las reglas morales puestas por individuos *determina-*

dos en relación con otros individuos, respecto de los cuales *no* están en la posición de superiores políticos. Se trata, por ejemplo:

a) de las reglas puestas por un individuo a otros individuos en el "estado de naturaleza", es decir, en ausencia de cualquier organización iuspolítica;
b) de las reglas puestas ocasionalmente por un "soberano" a otro "soberano";
c) de las reglas puestas por privados, miembros de una sociedad política, a otros miembros de la misma sociedad, pero *fuera del ejercicio* de derechos subjetivos atribuidos a ellos por el derecho positivo y, por tanto, no recurribles judicialmente. Aquí Austin piensa en ciertas reglas jurídicamente irrelevantes puestas, por ejemplo, por los padres a los hijos, por los empleadores a los trabajadores, por los prestamistas a los prestatarios, por los patrones a sus clientes, por las asociaciones a sus afiliados.

Por el contrario, son leyes *en sentido impropio*, pero afines a las leyes propiamente dichas, las reglas morales *fundadas sobre la opinión* como, por ejemplo, las leyes del honor o las de la moda, además, como veremos mejor en breve, una buena parte de las reglas del derecho constitucional y, por definición, todas las reglas del derecho internacional general, que son reglas *consuetudinarias*.

Finalmente, por el contrario, ninguna de las "leyes" en sentido metafórico o figurado es, o una ley en sentido propio, o una ley en sentido impropio pero afín a las leyes en sentido propio:

> "Es este el caso —afirma Austin[211]— cuando hablamos de las leyes observadas por los animales inferiores; de las leyes que regulan el crecimiento o decadencia de las plantas; de las leyes que determinan el movimiento de los cuerpos inanimados o de las masas".

¿Bajo qué condiciones, sin embargo, una ley pertenece a la clase de las leyes *en sentido propio*? Bajo la condición, sostiene Austin, de que se trate de una "ley imperativa" ("law imperative") que, en particular, se pueda configurar como:

[211] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 88.

"una regla dictada para la guía de un ser inteligente, por [otro] ser inteligente, que tiene poder sobre él"[212].

A su vez, sostiene Austin, las "leyes" o "reglas" imperativas son una especie del género de las "órdenes" (*"commands"*).

Para comprender qué cosa es una ley positiva, es necesario, entonces, aclarar preliminarmente qué cosa es una *orden*. En otros términos, es necesario aclarar aquella noción que, para Austin, constituye "la clave de la ciencia de la jurisprudencia".

Para tal fin, de conformidad con los cánones metodológicos del propio actuar (entre ellos, como se recordará, el principio de la metódica ignorancia lexical, el principio de la avaloratividad de los conceptos teóricos, la idea de que el trabajo filosófico sobre el derecho consiste en elaborar una red de conceptos explicativos, claros y distintos), Austin desarrolla un *análisis conceptual* de la noción de "orden", observando cómo ella es frecuentemente utilizada en los discursos de los juristas (y de los filósofos políticos), pero raramente investigada a fondo en sus (pretendidos) elementos constitutivos.

5. LA TEORÍA AUSTINIANA DE LAS ÓRDENES

"Si alguien —sostiene Austin[213]— expresa o comunica [*intimate*] un deseo [*wish*] de que yo haga o me abstenga de hacer un determinado acto, y si éste me amenaza con un castigo en el caso de que yo no cumpla con su deseo, la expresión o comunicación de su deseo es una *orden*. Una orden se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por el estilo [*style*] en que el deseo es referido, sino por el *poder* y el *propósito* de la parte que ordena *infligir un mal* o un dolor *en caso de que el deseo no se vea satisfecho*. Si ese alguien *no puede* dañarme o *no lo haría* en caso de que yo no satisfaga su deseo, la expresión de su deseo no es una orden, aunque enuncie su deseo en una frase imperativa [*imperative phrase*]. Si está en situación de causarme daño o lo haría en caso de que yo no lo satisfaga, la expresión de su deseo equivale a una orden, aunque él, movido por espíritu de cortesía, la formule en forma de ruego [*request*]". (Cursivas agregadas).

---

212 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 86.

213 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 89.

El pasaje saca a la luz al menos cinco elementos distintos que Austin, reflexionando sobre la noción común de "orden" (*command*), parece considerar disyuntivamente necesarias y, con las precisiones a las que me referiré, conjuntivamente suficientes, para identificar una orden:

1. un deseo dirigido al comportamiento ajeno;
2. la voluntad de dañar (*"willingness to harm"*);
3. la capacidad, o el poder, de dañar (*"ability to harm"*, *"power to harm"*);
4. la manifestación del deseo;
5. la manifestación de la voluntad de dañar.

De los cinco elementos, los primeros dos tienen carácter interno, *psicológico*; conciernen a estados mentales —en concreto, a actitudes— del sujeto que ordena y, por tanto, constituyen lo que podría denominarse el *sustrato psicológico* de las órdenes.

Los últimos tres elementos representan, por el contrario, datos externos; en principio, susceptibles de una constatación empírica inmediata.

La noción austiniana de "orden" es, entonces, una noción de tipo rigurosamente *empírico-psicológico*, totalmente depurada *sea* de componentes de carácter *valorativo* (de hecho, Austin no ofrece, ni siquiera subrepticiamente, alguna noción de "orden *justa*", tan solo de "orden": justa o injusta), *sea* de componentes de carácter *normativo* (en efecto, en ningún punto la redefinición austiniana de "orden" reenvía a *normas* de algún tipo).

Seguidamente, tras una breve ilustración (§§ 5.1-5.4), veremos cómo, para los teóricos del derecho contemporáneos:

(a) El análisis austiniano de la noción de orden ha sido considerada, en su conjunto, aceptable —con la excepción de Neil MacCormick[214], para quien resulta demasiado restringida, considerando inoportuna la exclusión de toda referencia a algún tipo de *normas* (§ 5.5)—;

(b) Se haya negado, sin embargo, que la noción de orden, así entendida, pueda constituir realmente "la clave de la ciencia de la jurisprudencia". Al respecto se sostiene que, contrariamente a cuanto considera Austin, la mayor parte, y la más relevante, de las normas jurídicas positivas —las normas del "derecho escrito": las constituciones, las leyes, los reglamentos, etc.— no pueden ser configuradas como una *especie*

[214] Cfr. MACCORMICK, N., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, pp. 102 ss.

de órdenes, sino al precio de introducir en la teoría del derecho una evidente, inútil y —según Kelsen— peligrosa *ficción* (§ 5.6).

5.1. Deseo dirigido al comportamiento ajeno

Para que haya una "orden" es necesario, ante todo, que en un individuo "inteligente" o "racional", se forme un *deseo* dirigido al comportamiento de otro individuo igualmente "inteligente" o "racional".

Este primer requisito conlleva al menos cuatro problemas distintos, en concreto:

1. El problema de la inteligencia del emisor;
2. El problema de la inteligencia del destinatario;
3. El problema del objeto del deseo;
4. El problema de la persistencia del deseo.

1. *Inteligencia del emisor.* En la perspectiva austiniana, para que haya una orden, ¿es —o no— necesario que el *emisor* sea un ser humano *efectivamente* capaz de entender y de querer? Por ejemplo ¿un insano mental puede "formar un deseo" dirigido al comportamiento de otras personas?

Austin no ofrece una respuesta clara sobre el punto; sin embargo, varios pasajes de sus *Lectures* parecen sugerir la solución más rigorosa: quien, *de hecho*, no tenga la capacidad de entender y de querer no puede comportarse racionalmente; por definición, "no puede" "desear" algo.

Por lo tanto, frente a la pretendida orden de un demente peligroso, no surge en la cabeza de los destinatarios algún deber (en el sentido austiniano del término, al que me referiré en breve). El estar expuestos a la eventualidad de sufrir un daño por parte de aquél configura una situación equiparable a la exposición a la furia ciega de un tornado.

2. *Inteligencia del destinatario.* En la perspectiva austiniana, para que haya una orden ¿es —o no— necesario que el *destinatario* sea un ser humano *efectivamente* capaz de entender y de querer? ¿el comportamiento de un enfermo mental ("insane") o de un menor ("infant") puede ser el *objeto* de una orden?

Aparentemente, Austin ofrece una respuesta positiva a la primera pregunta y, en consecuencia, negativa a la segunda. Al respecto, parecen particularmente relevantes dos pasajes de las *Lectures* austinianas.

En el primer pasaje, tras haber constatado que el vocablo "ley" es usado también para referirse a las "*leyes* observadas por los animales inferiores", a las "*leyes* que regulan el crecimiento o decadencia de las plantas" y a las "*leyes* que determinan los movimientos de los cuerpos inanimados o de las masas", Austin afirma:

> "Donde *no hay* inteligencia, o donde ésta es *demasiado limitada* para merecer el nombre de *razón* y, por lo tanto, es demasiado limitada para concebir (*conceive*) el objetivo de una ley, no hay la *voluntad* sobre la cual el derecho puede trabajar, o que el deber puede estimular o contener"[215].

En el segundo pasaje, aludiendo a la situación del menor y del enfermo mental, con el fin de precisar mejor la noción de "ilícito" ("*injury*", "*wrong*"), Austin escribe:

> "un menor, o quien sea enfermo mental, está exonerado de responsabilidad (*liability*), no en cuanto menor o enfermo, sino porque de su condición de menor o de enfermo se deduce que, en el momento del pretendido acto ilícito, no fuese capaz de una intención o de una inadvertencia ilícita. Se *deduce* de su minoría de edad o de su enfermedad mental (...) que no conoce el derecho o (...) que no recuerda los preceptos jurídicos (...) o que fuese (en todo caso) incapaz de aplicar el derecho y de regular su conducta de conservación; [se deduce en particular, ndr] que no haya previsto, ni pudiese prever, las consecuencias de su conducta y, por tanto, que no haya previsto, ni pudiese prever, que su conducta habría tenido consecuencias que el derecho se había propuesto evitar (...)
> En realidad, para que pueda adecuar mi conducta a la orden o a la prohibición del derecho, debo necesariamente conocer y recordar en qué *consiste* el derecho; debo estar en capacidad de comprender de forma distintiva la *naturaleza* de la conducta que pretendo tener (...) debo estar en capacidad (...) de *subsumir* correctamente el caso específico *bajo el supuesto regulado por el derecho* (...) en otras palabras, debo estar en capacidad de comparar la conducta que tengo en mente llevar a cabo, con la finalidad o el fin de la ley, y estar en capacidad de percibir si es compatible o contraria con aquella finalidad (...) A menos que no esté en capacidad de cumplir este proceso intelectual, la sanción no puede actuar sobre mí como un motivo para cumplir la obligación [puesta por el derecho] o, en otras palabras, *una*

[215] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 88.

obligación semejante está necesariamente destinada a permanecer ineficaz"[216]. (Cursivas agregadas).

En conclusión, a la luz de las consideraciones precedentes, el primer requisito de una orden puede, quizás, precisarse así: para que un acto que expresa una "orden" pueda decirse *felizmente realizado* (para usar la terminología del filósofo del lenguaje John Langshaw Austin) —o, en otros términos, para que se pueda apropiadamente hablar, en relación con ciertas circunstancias, de una "orden" en el sentido austiniano del término— es necesario que, en un ser humano efectivamente capaz de entender y de querer, se forme un deseo dirigido al comportamiento de otro ser humano, a su vez, efectivamente capaz de entender el deseo ajeno y de escoger si actúa de conformidad con él o no.

Fuera de esta situación *estándar*, hay situaciones en las cuales falta la inteligencia del emisor, en cuyo caso no se tiene, propiamente hablando, una "orden", o bien falta la inteligencia del destinatario, en cuyo caso hay una orden (*a parte imperatoris*) pero no crea alguna *responsabilidad* a cargo del destinatario y está destinada a la ineficacia.

3. *Objeto del deseo.* Una "orden" —sostiene Austin— es un "deseo *dirigido al comportamiento de otro*". Aparentemente, esto reenvía a un *preciso conocimiento*, por parte de quien ordena, acerca del comportamiento que otro debería tener para seguirlo. De modo que, por definición, no hay una "orden" si el emisor no tuviese una idea clara de lo que quiere que los terceros hagan, o no hagan, para él.

4. *Persistencia del deseo.* El problema de la *persistencia del deseo*, finalmente, consiste en lo siguiente: para que haya una "orden", en la perspectiva austiniana, ¿es necesario que el deseo del emisor "dirigido al comportamiento ajeno" *persista* sucesivamente tras su manifestación, o bien es *suficiente* que subsista solo hasta dicho momento?

Sobre este problema, como sobre el problema análogo de la persistencia de la voluntad de dañar, Austin no formula alguna respuesta específica. Por lo demás, la tesis de la necesidad de la persistencia parece en gran medida en línea con la teoría austiniana, considerada en su conjunto; en particular, encuentra confirmación en la tesis de origen hobbesiano

[216] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XXVI, p. 490.

(y adoptada también por Bentham, como fuera visto: *supra*, cap. I, § 13.2) de la "continuidad de la voluntad" de los soberanos que se suceden en la guía de una sociedad política independiente. Según esta tesis, una norma jurídica, *aquí y ahora*, no es tal porque sea "querida" por el soberano que la ha producido directa o indirectamente en el pasado, sino en virtud de la voluntad del *presente* soberano, de imponer la sanción coercitiva establecida para su violación[217].

5.2. Voluntad de dañar

La *voluntad de dañar* —en las palabras de Austin, la "*willingness to harm*"— es la voluntad, de quien expresa un deseo dirigido a la conducta de otros, de infligirles un cierto mal, si estos no actúan de conformidad con tal deseo.

Este segundo requisito de las órdenes, además del problema de la efectiva o potencial *inteligencia* del emisor (resoluble quizás, como antes, adoptando la interpretación más rigurosa), plantea el problema, ya mencionado, de la *persistencia de la voluntad de dañar*.

En realidad, Austin no aclara si, para que "haya" una orden, sea suficiente que la voluntad de dañar subsista *en el momento* de la manifestación de la orden, o bien sea necesario que la voluntad de dañar *persista* sucesivamente tras la manifestación de la orden, de modo que, si dicha voluntad decae, decae también la orden: *Cessante voluntate imperatoris, cessat et ipsa imperatio*. Por lo demás, del conjunto de las posiciones austinianas parece preferible esta última hipótesis.

En conclusión, para un análisis algo menos que superficial, el *sustrato psicológico* de una orden, tal como lo entiende Austin, parece consistir en los siguientes elementos:

1. La formación, en un ser inteligente, de un deseo dirigido a un *comportamiento determinado*, si bien no necesariamente previsto en cada detalle, de terceros;
2. La formación, en relación con lo anterior, de una voluntad de dañar, en caso los terceros no se conformen a tal deseo;

---

217 "The legislator is he, —escribe HOBBES, *Leviathan*, cap. XXVI— not by whose authority the laws were first made, but by whose authority they *continue* to be laws".

3. La subsistencia del deseo y de la voluntad de dañar *en el momento de su manifestación*, es decir, la seriedad del deseo y la ausencia de "reservas mentales" en el momento en el cual el deseo es comunicado;
4. La persistencia del deseo y de la voluntad de dañar, tras su manifestación, en un arco de tiempo en el cual el destinatario del deseo puede efectivamente elegir si se conforma a él o no.

Por lo tanto, deseo y voluntad de dañar desarrollan dos funciones distintas respecto de la *existencia* de una orden. De un lado, son *condiciones genéticas* o productivas: condiciones que determinan *su existencia como* una orden; por otra parte, son además *condiciones de persistencia*: condiciones de las que depende la sucesiva *conservación* y/o *extinción* de la orden, es decir, condiciones de su *mantenimiento*.

5.3. Capacidad de dañar

La *capacidad de dañar* —en las palabras de Austin, "*ability to harm*", "*power to harm*"— es la posibilidad efectiva, por parte de quien manifiesta un deseo dirigido al comportamiento de otro, de infligir a este último el mal expresa o tácitamente expuesto en caso este no tenga el comportamiento deseado.

Se trata, en el léxico de Austin (con un claro eco de Bentham), del requisito de la "superioridad" del emisor en relación con el destinatario de la orden. La superioridad —la efectiva capacidad de dañar a terceros— es, en particular, la capacidad de infligir "sanciones" ("*sanctions*"), es decir, de "imponer la obediencia" ("*enforcement of obedience*") a la propia voluntad:

> "[El término] *superioridad* —observa Austin— es a menudo sinónimo de *primacía* [*precedence*] o de *excelencia* [*excellence*]. Hablamos de superiores en rango, de superiores en salud, de superiores en virtud (...)
> Pero, tomada en el sentido como yo lo entiendo aquí, el término *superioridad* significa poder [*might*]: el poder de infligir a otros un mal o un dolor, y de forzarles a ajustar su comportamiento a los deseos de uno mediante el temor a ese daño"[218].

Austin se pregunta si es necesario extender la denominación "sanción" también a los premios y a las recompensas, como fue expresamente propuesto

[218] AUSTIN, J. *Lectures*, Lecture I, p. 96.

por John Locke (1632-1704) y por Jeremy Bentham[219]. Opta, sin embargo, por la no necesidad de una estipulación semejante, por considerarla "cargada de confusión y de perplejidad", ya que desvanece la distinción entre dos cosas, totalmente heterogéneas en su opinión, como son las órdenes y las *promesas*:

> "Si *alguien* expresa el deseo de que yo le haga un cierto servicio, y si ese alguien anuncia un premio como motivo o incentivo para efectuarlo, raramente se dirá que él ha ordenado el servicio, ni tampoco —en el lenguaje común [*in ordinary language*]— que estoy *obligado* a hacerlo. En el lenguaje común, él me *habría prometido* un premio a condición de que yo efectuara el servicio, mientras que yo habría podido ser *incitado* o *persuadido* a hacerlo con la esperanza de obtener el premio"[220].

El requisito de la capacidad de dañar implica, a su vez, dos problemas distintos.

En primer lugar, el problema de la *persistencia de la superioridad del emisor*: ¿para que haya una "orden", es suficiente que la superioridad subsista hasta el momento de su manifestación o es, por el contrario, necesario que tal superioridad persista también sucesivamente?

En segundo lugar, el problema *de la entidad de la sanción*: ¿para que haya una "sanción" es necesario que se haya amenazado con un mal de *particular gravedad* o es suficiente la amenaza de un mal cualquiera, incluso de levísima magnitud?

Para ambos problemas, Austin ofrece una clara respuesta. Una respuesta que, dicho sea de paso, constituye una precisión, habitualmente descuidada en la literatura secundaria, de la posición iusteórica conocida como *concepción sancionadora*, o *concepción predictiva*, de la obligación jurídica[221].

---

219 Sobre las denominadas "sanciones positivas" cfr. BOBBIO, N., *Sanzione*, 1964, en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 307 ss.; Id., *Dalla struttura alla funzione*, pp. 13-42; FACCHI, A., *Diritto e ricompense*.

220 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 91.

221 Sobre lo cual, además de cuanto se ha señalado antes (*supra*, Capítulo I, § 6.2), Cfr., por ejemplo, HART, H.L.A., *Legal Duty*, pp. 132 ss.; GAVAZZI, G., *In difesa di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, pp. 165 ss.; BOBBIO, N., *Obbligo giuridico*, 1967, en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 246-249; HACKER, P., *Sanction Theories*, cit.; GUASTINI, R., *Distinguendo*, pp. 96-97.

> "[L]a magnitud [*magnitude*] del daño eventual y la magnitud de la posibilidad de incurrir en él —sostiene Austin[222]— son ajenas al tema que se discute [de la existencia de una orden o de un deber, ndr.]. Cuanto mayor es el daño eventual y mayor la posibilidad de incurrir en él, también es mayor la *eficacia* de la orden y la *fuerza* de la obligación. O bien —sustituyendo las expresiones exactamente equivalentes— mayor es la *posibilidad* de que la orden sea obedecida y de que el deber no sea incumplido. Pero cuando hay la menor posibilidad de incurrir en el menor daño, la expresión de un deseo equivale a una orden y, por lo tanto, impone un deber. La sanción, si se quiere, es débil o insuficiente, pero todavía *hay* una sanción y, por lo tanto, un deber y una orden". (Cursivas agregadas).

El pasaje apenas referido es relevante también desde otro aspecto.

Pone en evidencia, en efecto, con la acostumbrada lucidez del estilo austiniano, la conexión conceptual *instituida* por Austin entre las nociones de *orden, sanción* y *deber* ("*duty*") u *obligación* ("*obligation*"). De modo que, en virtud de tales estipulaciones, dada una situación cualquiera, no es posible afirmar la existencia de una cosa que pueda ser designada mediante uno de los tres términos (pongamos, una "orden"), sin con ello afirmar, al mismo tiempo, la existencia de cosas que pueden ser designadas con los otros dos términos (una "obligación" y una "sanción"). Si, por ejemplo en la situación *S*, Rossi ha dirigido a Verdi una "orden", entonces Verdi tiene, y no puede no tener, la "obligación" de tener el comportamiento deseado por Rossi, y está sujeto a sufrir una "sanción" por parte de Rossi, en caso de que viole tal obligación.

Una última observación. En la teoría austiniana, las "*ability and willingness to harm*" constituyen las *condiciones de la normatividad* de cualquier comunicación prescriptiva formulada, o que puede ser formulada, en una lengua natural y, por tanto, también de la *normatividad del derecho* o, en términos austinianos, de la normatividad de las manifestaciones de deseo de los superiores políticos.

El denominado "problema de la normatividad del derecho" es generalmente formulado, de modo interrogativo, según el siguiente tenor: ¿por qué es debido comportarse como prescribe el derecho?, ¿en qué se funda

---

222 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 90.

la "obligatoriedad" de los preceptos jurídicos?, ¿de qué modo el derecho provee "razones para la acción" a quienes somete?[223]

Como es obvio, a tales preguntas se pueden ofrecer las respuestas más diversas, según el punto de vista adoptado en su momento.

Ahora bien, en la perspectiva de la *general jurisprudence* austiniana —estatutariamente dirigida a conocer el derecho positivo "como de hecho es", y como funciona en la vida de los miembros de una comunidad política—, la respuesta consiste en hacer exclusiva referencia a la efectiva posibilidad de *sufrir una sanción*, es decir, a situaciones en las que se es *inducido a la obediencia* por la amenaza de sufrir un mal, por parte de un superior político. Por consiguiente, en esta perspectiva —que es la perspectiva del teórico que persigue el ideal de un conocimiento rigurosamente *empírico y avalorativo* del derecho positivo—, la normatividad (u obligatoriedad) *jurídica* de las normas jurídicas, lejos de ser una propiedad metafísica o, en algún sentido "espiritual", es concebida en términos de, y hecha depender únicamente de, datos de la experiencia, dentro los cuales está la eficacia del aparato sancionador estatal.

Se trata, es bueno advertir, de una respuesta que *no* pretende de alguna manera atribuir de modo automático al derecho positivo —a cualquier derecho positivo en cuanto tal— el sello de la legitimación —y de la obligatoriedad— moral. Al contrario.

En primer lugar, la moralidad del derecho positivo —si, en concreto, las normas de un determinado ordenamiento estatal estén o no conformes con alguna una moral asumida como parámetro exclusivo de valoración de su *justicia, legitimidad*, y/u obligatoriedad— no es una cuestión de *competencia* de la *general jurisprudence*, así como no lo es para la doctrina pura de Kelsen o para la "*legal theory*" de Hart (como veremos en seguida, en el

---

223 Según Raz, "the question of normativity is whether, and when, laws constitute or provide reasons (and of what kind) to those subject to them" para tener o no ciertas conductas (RAZ, J. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, p. 3). Puesto el problema en estos términos, Austin respondería que la normatividad del derecho se basa en ofrecer razones prudenciales (no necesariamente dotadas de justificación moral) para actuar, que actúan como palanca sobre la aversión humana a la pérdida de bienes como la vida, la integridad física, la libertad, etc.

cap. V y en el segundo volumen), siendo de competencia, por el contrario, de la *ciencia de la legislación*:

> "La *existencia* del derecho es una cosa; sus *méritos y deméritos* son otra cosa"[224].

En segundo lugar, si se asume la perspectiva del individuo singular, como el propio Austin tiene cuidado de evidenciar en muchos pasajes de sus *Lectures*, el derecho positivo no tiene el monopolio de la regulación de los comportamientos humanos. En realidad, el derecho no es sino *uno* de los conjuntos de normas (leyes, reglas) que versan sobre la conducta de los individuos, al lado de, y en eventual competencia con, las normas de la moral positiva y las del derecho divino[225]. Y, comparado con las leyes divinas, ni siquiera es el más importante, desde el punto de vista axiológico, bien entendido. Entonces, en relación con el problema fundamental de la ética normativa —¿qué cosa *debo* hacer?—, sugiere Austin que las respuestas ofrecidas por el derecho no poseen algún título de exclusividad, aunque puedan, sin duda, ejercer una influencia notable sobre los individuos, en virtud de la inmanencia y magnitud de las sanciones jurídicas.

Estas rápidas consideraciones permiten advertir un tema adicional de la teoría austiniana del derecho, que resulta oportuno atender.

Austin distingue, en el ámbito de los deberes, entre los deberes jurídicos, los deberes morales positivos y los deberes trascendentes impuestos por la divinidad.

En su perspectiva, todos estos deberes son *congéneres*, pues dependen de las órdenes de un superior.

Como veremos mejor en breve, no hay espacio en la construcción conceptual austiniana para los "deberes" de otro tipo, ni para algún deber jurídico no (jurídicamente) sancionado, como ha sido sostenido, en cambio, por Bentham y por Thon (sobre los cuales cfr., además, cap. III, §§ 4 ss.), ni para deberes morales carentes de sanciones externas fundados únicamente sobre la íntima adhesión de cada uno de los individuos.

---

224 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture V, p. 214.

225 Sobre este aspecto del pensamiento austiniano insiste, muy oportunamente, AGNELLI, A., *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, cit.

5.4. Manifestación del deseo y de la voluntad de dañar

Para que haya una "orden" en el sentido austiniano del término no es suficiente que exista un deseo dirigido a la conducta de un tercero acompañado de la voluntad y de la capacidad de dañarlo.

Es necesario, además, *last but not the least*, que el deseo y la voluntad de dañar estén *expresamente o tácitamente manifestados*, con la palabra o con otro signo perceptible por el destinatario.

Como en Pufendorf, un deseo dirigido al comportamiento de otro, que permanezca totalmente inexpresado, no puede valer como una "orden". En otros términos, la efectiva comunicación constituye una propiedad definitoria adicional del concepto austiniano de "orden"—.

Por otra parte, no está claro si la efectiva y feliz *recepción* de la expresión de un deseo por parte de su destinatario constituya también una propiedad definitoria de "orden", o bien sea simplemente una condición de aplicabilidad de las órdenes —de cosas que son en sí, y cabalmente, órdenes.

Antes de exponer sumariamente la teoría austiniana de las leyes positivas (o normas jurídicas) es necesario detenerse sobre un último aspecto de la teoría austiniana de las órdenes.

Como agudo observador del funcionamiento de las lenguas naturales (o, si se prefiere, de perspicaz filósofo del lenguaje ordinario *avant la lettre*, y no podía ser de otra manera, tratándose de un alumno de Bentham), Austin considera que las características gramaticales —morfológicas y sintácticas— de las expresiones lingüísticas mediante las cuales los individuos manifiestan sus deseos dirigidos a los comportamientos de otros son totalmente irrelevantes para distinguir los órdenes de las comunicaciones de otro tipo[226]. En efecto, como se ha visto, sostiene que el uso del verbo en el modo imperativo *no* es condición ni *necesaria* ni *suficiente* para que haya una orden. De modo que una orden puede también ser expresada en la forma de un ruego o una petición sumisa.

Si nos ponemos en la perspectiva de la filosofía del lenguaje contemporánea, la noción austiniana de "orden", por tanto, no es ni una noción

---

[226] Cfr. para un planteamiento similar, HOBBES, T., *Leviathan*, cap. XXV; además BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 305; BENTHAM, J., *Of Laws in General*, cap. XIII (supra, cap. I).

sintáctica ni una noción *semántica*, sino, más bien, una noción *pragmática*. En realidad, para establecer si un enunciado —o mejor aún, una particular enunciación suya en un contexto determinado, en forma verbal (*utterance*) o escrita (*inscription*)— vale o no como una orden, no es suficiente tener en cuenta la morfología de las palabras que lo componen, y/o el significado de las palabras que lo componen, y/o su estructura sintáctica. Es necesario tener en cuenta también, y sobre todo, el *contexto de enunciación*, en particular, la recíproca posición en la cual se encuentra el emisor y el destinatario del enunciado (para limitar el discurso a las comunicaciones lingüísticas).

En un ensayo de 1981 —ya mencionado a propósito de Bentham (cap. I, § 11.3.1)—, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin han distinguido dos concepciones de las normas: la concepción hilética y la concepción expresiva[227].

Según la *concepción hilética*, como se recordará, las normas son entidades análogas a las proposiciones (descriptivas). Al igual que las proposiciones, las normas podrían ser configuradas como el *significado de enunciados*, si bien se trata de significados no ya descriptivos, verdaderos o falsos, sino prescriptivos, ni verdaderos ni falsos, los cuales, en particular:

> "no indican que algo *es* de una cierta manera, sino que *debe* o *no debe* o *puede* ser (hecho)".

Al igual que las proposiciones, las normas serían, además, entidades *independientes del lenguaje* (*language-independent*):

> "aunque solo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, su existencia no depende de expresión lingüística alguna. Hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca. Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual".

Para la *concepción expresiva*, en cambio, las normas:

> "son el resultado del *uso prescriptivo del lenguaje*. Una oración que expresa una misma proposición puede ser usada en diferentes ocasiones para *hacer cosas* distintas: para aseverar (afirmar), interrogar, ordenar, conjeturar, etc. El resultado de esas acciones será una aserción, una pregunta, una orden

[227] ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E., *La concepción expresiva de las normas*, pp. 121 ss.

o una conjetura. Solo en el nivel pragmático del uso del lenguaje surge la diferencia entre aserciones, preguntas, órdenes, etc. No hay tal diferencia en el nivel semántico"[228].

A la luz de esta distinción (de la que se han omitido algunos aspectos problemáticos), también la teoría austiniana de las órdenes, y la vinculada teoría de las leyes positivas (normas jurídicas), se configuran como teorías *expresivas*, caracterizadas por el lema: "Ningún imperativo sin un emperador" (*Kein Imperativ ohne Imperator*). Este lema, que adoptará el denominado último Kelsen, tomándolo de Walter Dubislav (y, en concreto, del ensayo de 1937, *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*), como resumen de su propia posición (como veremos en el cap. V) vale, sin duda, también para Austin y capta un aspecto central de las teorías del derecho (que se suelen denominar) *positivistas*[229].

5.5. Dos nociones de orden: MacCormick vs. Austin

He señalado antes que la noción austiniana de orden ha sido considerada, en su conjunto, aceptable por los teóricos del derecho contemporáneo con, al menos, una excepción digna de ser destacada, representada por Neil MacCormick[230].

Sostiene MacCormick que una orden es el resultado de un acto lingüístico de "ordenar" (*commanding*) y subsiste, en particular, si, y solo si, haya, además de un *actus* (*imperationis*), también una *intención imperativa* (*mens imperans*). Parafraseando un célebre brocardo de la tradición penalista inglesa ("*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*"), MacCormick afirma que: "*Actus non facit imperatorem, nisi mens sit imperans*".

El *acto imperativo* consiste en proferir ciertas palabras —por ejemplo: "Has *x*"—, por parte de un sujeto (*A*) dirigido a otro sujeto (*B*), en capacidad de percibirlas.

---

228 ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E., *La concepción expresiva de las normas*, pp. 122-123.

229 Cfr. BOBBIO, N., *Aspetti del positivismo giuridico*, cit.; KELSEN, H., *Recht und Logik*, cit.; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. I; CONTE, A.G., *In margine all'ultimo Kelsen*, 1968, en: Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, pp. 17-30; GUASTINI, R., *Distinguendo*, pp. 105-107.

230 MACCORMICK, N., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit.

Por el contrario, la *intención imperativa* consiste, aparentemente, en la conjunción de tres elementos:

a) El deseo de *A* que *B* haga *x*;
b) La intención de *A* que *B* haga *x* por el hecho de que *x* es deseado por *A*;
c) La intención de *A* que *B*, percibiendo la comunicación del deseo de *A*, reconozca la intención de *A* que *B* haga *x por el hecho de* que *A* lo desea[231].

Sin embargo, a estos dos requisitos MacCormick añade un tercero: se trata del *contexto imperativo* ("the context of commanding") o, como podríamos decir también, la *posición de mando* o *posición imperativa* (*status imperatoris*). En efecto, MacCormick advierte que los dos primeros dos requisitos antes indicados (acto imperativo e intención imperativa), de por sí, pueden ser comunes también a otros actos lingüísticos —a otras comunicaciones lingüísticas— en función directiva, es decir, a otras comunicaciones lingüísticas —como peticiones, ruegos y súplicas— cuyo objetivo inmediato consista en hacer que alguien haga algo, es decir, consista, como se suele decir también, en influir sobre su comportamiento. Acto e intención, si bien son necesarios, no serían entonces suficientes para hacer de una comunicación directiva una orden. Para que esto suceda es necesario, además, que *A* esté, respecto de *B*, en una posición de mando. Sin embargo, ¿en qué consiste una *posición de mando*? MacCormick señala que es necesario distinguir tres tipos distintos de posiciones de mando de un agente cualquiera *A* respecto de un agente cualquiera *B*.

En primer lugar, *A* puede encontrarse, respecto de *B*, en una posición de *superioridad coercitiva* ("coercive superiority"); en otras palabras, *A* dispone —personalmente, o en virtud del auxilio de cómplices, bandidos o protectores— de la *fuerza física* suficiente para doblegar a *B* a su propia voluntad, constriñéndolo a hacer *x* o a sufrir un mal en el caso de que no haga *x*.

---

231 Escribe al respecto MACCORMICK, N., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, p. 105: "*B* cannot understand an utterance of *A*'s addressed to him as being a command unless he takes it as signifying that *A* wishes him to do *x*, and intends to get him to do it in virtue of his recognizing that intention of *A*'s. Therefore *A* must intend *B* to take his utterance "Do *x*" as disclosing a wish that *B* do *x* and an intention to get *B* to do *x* in virtue of his recognizing that intention".

En segundo lugar, *A* puede encontrarse, respecto de *B*, en una posición de *superioridad normativa*, o de *autoridad* ("authority"); esto sucede cuando, en virtud de alguna *norma* de una organización social a la cual *A* y *B* pertenecen, *A* esté *autorizado* (legitimado, sea competente) para dirigir prescripciones a *B*, y para pretender que este último las observe por el solo hecho de que provienen de *A*.

En tercer lugar, finalmente, la posición de mando de *A* respecto de *B* puede consistir en *una combinación* de los dos casos precedentes; en tal supuesto, *A*, respecto de *B*, es una autoridad y goza al mismo tiempo de una superioridad coercitiva sobre este último.

Entre la noción de orden de Austin y la de MacCormick median dos diferencias a ser destacadas.

La primera diferencia concierne a la reconstrucción del sustrato psicológico de las órdenes. Sobre la base de Hart, MacCormick da cuenta del acto lingüístico de ordenar utilizando la noción de *significado intencional del emisor* ("utterer's meaning"), elaborada por el filósofo del lenguaje Paul H. Grice[232]. En virtud de ella, como se ha visto, la configuración del sustrato psicológico de las órdenes se enriquece, ganando en precisión, con un elemento adicional: la intención reflexiva, o de segundo grado, del emisor; que el destinatario de la orden *reconozca* su intención de ordenarle algo y *comprenda*, por tanto, que debe hacerlo por el hecho de que así lo quiere el emisor.

La segunda diferencia concierne, por el contrario, a la reconstrucción del requisito de la posición de mando. Aquí, inspirado nuevamente en Hart, MacCormick considera que es necesario distinguir del modo más categórico, por un lado, las órdenes fundadas sobre la *superioridad* puramente *coercitiva*

---

[232] Cfr. GRICE, P., *Meaning*, en: "The Philosophical Review", 66, 1957, citado por HART, H.L.A., *The Concept of Law*, p. 281, en la nota relativa a la p. 18: "But though it is necessary, it is not sufficient to characterize the standard use of the imperative mood that the speaker's purpose in speaking is that the other should act in the way he wishes; for it is also necessary that the speaker should intend the person addressed to recognize that this is his purpose in speaking and to be influenced thereby to act as the speaker desires". Para esta "complicación" HART reenvía además a su trabajo anterior, más destacado que el de Grice: *Signs and Words*, en "Philosophical Quarterly", 11, 1952. Sorprendentemente, MacCormick no señala el precedente hartiano sobre el tema.

del emisor y, por otro, en cambio, las órdenes que se fundan (también) sobre la autoridad, o *superioridad normativa*, del emisor. De este modo, paradójicamente, la teoría austiniana de las órdenes sería censurable por "defecto de análisis", por no haber trazado *todas* las distinciones *necesarias* para una clara y cuidadosa configuración del fenómeno de las órdenes.

Sobre esta base, la crítica de MacCormick a la teoría austiniana de las órdenes se articula en los siguientes cuestionamientos.

1. Para describir las situaciones de superioridad puramente coercitiva —ejemplificadas por el ladrón que ordena al viajero entregarle la cartera bajo la amenaza de una severa lesión de su integridad física—, es del todo inapropiado y engañoso recurrir a enunciados en términos de "obligación". Haciéndolo —sostiene MacCormick, donde resuena Hart (y también Kelsen)— se confunde la situación en la cual alguien "se vio obligado", es decir, *constreñido*, a dar su cartera a otro, con la situación, radicalmente distinta, en la cual este "tenía la obligación de entregársela".
2. Incluso sin tener en cuenta las costumbres lingüísticas de los hablantes comunes, generalmente necesitadas de intervenciones terapéuticas (por lo demás, ¿no son a veces los propios filósofos, como ha sido sostenido acreditadamente, quienes son víctimas de modos de hablar engañosos?), el término "obligación" puede ser usado apropiadamente, sin generar confusiones, *solamente* en presencia de órdenes *autorizadas por normas*.
3. Sin embargo, Austin, como se ha visto antes (*supra*, § 3.4), adopta una noción unitaria de orden, e interdefine "orden" y "obligación" de modo tal que, paradójicamente, incluso la orden del ladrón llega a hacer surgir en el viajero la *obligación* de entregarle la cartera[233].
4. En el intento —loable— de forjar nociones de "orden" y de "obligación" depuradas de todo elemento axiológico, irracional o metafísico (iusnaturalista), Austin se habría desecho, junto con el agua sucia, también del proverbial (y desventurado) bebé. Metáforas aparte, según la correcta

[233] Sobre el punto, cfr., también, KELSEN, H., *La doctrina pura del derecho*, pp. 57 ss.; GUASTINI, R., *I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, pp. 655 ss.

crítica que le plantea Hart[234], Austin habría ignorado la *peculiaridad de los discursos normativos*, es decir, de los discursos en términos de "obligación", "deber", "derecho", "pretensión", "competencia", "ilícito", etc. Ahora bien, estos discursos no pueden ser traducidos, sin pérdida de significado, en discursos fácticos relativos a actitudes psicológicas y a comportamientos, estando inextricablemente ligados a prácticas e instituciones sociales *normativas*, concernientes a la creación, a la observancia, a la aplicación, al uso de *normas*, más allá de las cuales no tienen algún sentido ni pueden ser comprendidos o explicados.

5.6. La "superflua y peligrosa ficción" de la voluntad soberana: dos críticas al voluntarismo austiniano

La crítica de MacCormick se dirige a la concepción austiniana de las órdenes. Las críticas de las que se dará cuenta sumariamente en el presente parágrafo conciernen, en cambio, a la teoría austiniana del derecho en cuanto fundada sobre la concepción austiniana de las órdenes.

Austin sostiene que las leyes positivas (normas jurídicas) son *una especie* de órdenes —y, particularmente, como se ha señalado, las órdenes dirigidas por los superiores políticos a sus súbditos—. Esta tesis implica:

(a) que la concepción austiniana del sustrato psicológico de las órdenes constituye, al mismo tiempo, un componente de la teoría austiniana de las leyes positivas;

(b) que, como consecuencia de ello, esta última resulta caracterizada desde una forma extrema de *voluntarismo*, aquella que —sobre la base de algunas consideraciones de Kelsen— podría denominarse *voluntarismo del contenido preceptivo*, entendiendo por tal la idea según la cual la volición dirigida al comportamiento ajeno por parte de un superior político, sin la cual no hay "orden (jurídica)" ni "norma jurídica",

---

234 HART, H.L.A. *Introduction*, pp. xi-xii: "The elements he [Austin] uses do not include the notion of a *rule* or the rule-dependent notion of what *ought* to be done; the notions of a *command* and a *habit* however ingeniously combined cannot yield them or take their place though Austin often uses the word 'rule' and defines ita s a kind of command" (cursivas en el propio texto); Id., *The Concept of Law*, pp. 79-88 [III ed., pp. 82-91].

consiste en la *efectiva volición* de que un sujeto, o una clase de sujetos, tengan un *determinado comportamiento*.

Sin embargo, Kelsen y Hart han sostenido —con argumentos no carentes de fuerza persuasiva, como veremos inmediatamente— que el voluntarismo del contenido preceptivo, si bien podría aceptarse en el plano de la teoría general de las órdenes, debe, por el contrario, ser abandonado en el plano de la teoría de las normas jurídicas. Las normas jurídicas, en efecto, no son "órdenes" austinianamente entendidas[235]; con mayor precisión si se quiere, son órdenes muy peculiares, de modo que la asimilación hecha por Austin de las leyes positivas (normas de derecho) a una *especie* del más vasto género de las órdenes, constituiría, bien vistas las cosas, una ficción cargada de consecuencias absurdas.

Kelsen vs. Austin

Kelsen reconoce una ficción —"superflua y peligrosa"— en la idea de que, tras de cada norma jurídica —entendida como una especie de orden— esté la voluntad, en sentido psicológico, de un soberano, tal como fue configurada por Austin. Por el contrario, considera que se trata de un elemento que difícilmente está presente en el momento en el que se producen normas jurídicas y que no es necesario, en absoluto, para dar cuenta de la persistente existencia-obligatoriedad de las normas jurídicas en un ordenamiento.

Partiendo de estas consideraciones, Kelsen opone a Austin una concepción *despsicologizada* de las normas jurídicas ("el derecho podría ser denominado una orden "privada de contenido psicológico""), la cual refleja un tipo distinto de voluntarismo: *un voluntarismo de la formulación prescriptiva*. Para el voluntarismo de la formulación prescriptiva, quien produce una norma jurídica no quiere (necesariamente) que sus destinatarios se comporten de un modo determinado, quiere simplemente que se deban comportar así como lo ha establecido la norma (en su formulación adoptada), cualquiera que sea el contenido (que podría, incluso, ignorar del todo).

235 Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cap. II y III.

"*La ley es válida*, es decir, obligatoria —observa Kelsen[236]— *aun después de que* todos los miembros de la legislatura que la sancionó hayan muerto; por tanto, *el contenido de la ley ya no es la "voluntad" de nadie*, por lo menos de nadie competente para quererla. Así, la ley obligante no puede ser la voluntad psicológica de los legisladores aun cuando un acto real de voluntad sea necesario para hacer la ley. Y un análisis del proceso constitucional por medio del cual una ley llega a existir muestra que *el acto creador de una ley obligatoria tampoco necesita, en modo alguno, consistir en alguna voluntad sobre la conducta requerida por la ley*. La ley queda sancionada cuando la mayoría de los legisladores han votado por un proyecto que les ha sido sometido. El *contenido* de la ley *no es* la "voluntad" de los legisladores que votan contra el proyecto [...] *Aun si solamente se toma en consideración a la mayoría que votó por el proyecto, la afirmación de que la ley es la voluntad de la mayoría es una ficción manifiesta*. El votar por un proyecto no significa en manera alguna realmente "querer" el contenido de la ley. Psicológicamente solamente se puede "querer" algo de lo que se tiene una idea; no se puede "querer" algo de lo que nada se sabe. Y es indudable que *en muchos casos, si no en todos, una gran parte de los miembros de una legislatura que votan por un determinado proyecto, o no conocen su contenido, o lo conocen muy superficialmente*". (Cursivas agregadas).

La concepción austiniana de las normas jurídicas —al menos en su aplicación a la fuente principal del derecho en los estados contemporáneos: la ley— reposaría, por tanto, sobre una ficción: la ficción de la volición del contenido preceptivo.

Ahora bien, según Kelsen, se trata ante todo de una ficción "superflua"; en efecto, es posible mantener la idea, en sí misma correcta, de que las normas jurídicas son el producto de actos de *voluntad* (el "sentido" de actos de voluntad), sin asumir la forma extrema de voluntarismo, que es el *voluntarismo del contenido preceptivo*, asumiendo, por el contrario, el más moderado y realista *voluntarismo de la formulación prescriptiva*.

Se trata, además, de una ficción "peligrosa", ya que contribuye a perpetuar el "dualismo entre estado y derecho" (y entre legislador y derecho), entre las normas jurídicas, de un lado, y una entidad misteriosa ("el estado", "el legislador"), dotada de una voluntad "propia" y de "sus" propios deseos,

---

[236] KELSEN, H., *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica* pp. 221-222.

que no es reducible a un conjunto de personas con discreción, autorizados por normas, para producir normas, según modalidades reguladas por normas, del otro[237].

Hart vs. Austin

Sobre la misma línea argumentativa de Kelsen, y determinado por un realismo aún más desencantado —y metodológicamente menos ingenuo— que el de Austin, Hart sostiene que la "persistencia" de una norma en un sistema jurídico, su "validez" diacrónica, no pueda ser explicada de modo satisfactorio haciendo referencia, como lo hace Austin, a la —ficticia— voluntad del soberano *actual* (en carne y hueso). Ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Austin configura la voluntad del soberano actual de adoptar las normas producidas o adoptadas por sus predecesores, como una voluntad de carácter *tácito*, que se manifestaría en su *aquiescencia* respecto de las decisiones judiciales en las cuales son aplicadas las normas de los predecesores.
2. El criterio de la aquiescencia del soberano actual, sin embargo, conduce a consecuencias que Hart define como "absurdas"; en primer lugar, la persistente pertenencia al sistema jurídico de las normas producidas por los soberanos precedentes deviene en incierta hasta que no sean efectivamente aplicadas por alguna corte, aquí y ahora; en segundo lugar, tal criterio se aplica inevitablemente *también* a las normas jurídicas producidas por el soberano actual, cuya persistente pertenencia al derecho es, por tanto, igualmente dejada en la incertidumbre.
3. El modo más satisfactorio de eludir estas dificultades consiste en suprimir la noción psicológica de la volición tácita por "aquiescencia" del soberano de carne y hueso, sustituyéndola con la idea de una regla jurídica fundamental, que contiene en sí misma todos los criterios de identificación de las *otras* normas jurídicas del sistema, y cuya existencia puede ser comprobada observando la praxis decisional de los jueces y de los demás funcionarios encargados de la aplicación del derecho. Así,

---

[237] Sobre este último punto, cfr., también, KELSEN, H, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 137 ss.; OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, 1939, tr. es. *El Derecho como hecho*, pp. 17 ss.

se hace depender la persistencia de una norma jurídica en el tiempo (su persistente validez-pertenencia a un sistema jurídico positivo) no ya de una elusiva y problemática volición tácita del soberano actual, sino de la existencia en el sistema de una norma jurídica consuetudinaria de "reconocimiento"[238].

6. ÓRDENES Y REGLAS JURÍDICAS

La teoría de las órdenes constituye el fundamento de la teoría austiniana de las leyes positivas, o reglas jurídicas. Estas últimas, en efecto, no son sino una especie del género órdenes. ¿En qué consiste, sin embargo, la *diferencia específica* de las leyes positivas respecto de las órdenes? Según Austin, consiste en lo siguiente: las reglas jurídicas son las órdenes generales de un *superior político*.

Veamos ahora, con mayor detalle, de qué se trata, iniciando por la noción de orden general.

7. ÓRDENES PARTICULARES, ÓRDENES GENERALES

Las órdenes particulares, u órdenes "ocasionales", prescriben a sus destinatarios tener un determinado comportamiento, en un lugar y en un tiempo determinados. Por ejemplo: encontrarse en la Plaza de la Bandera, el día 14 de julio de 2011, a las cinco de la tarde. Los destinatarios de las órdenes particulares, por otra parte, pueden ser individuos determinados (Mario Rossi, Gina Verdi, Pina Gialli, etc.) o clases de destinatarios indeterminados (los ciudadanos italianos, los trabajadores del mar, los socios del club "Pioneros del Río Urubamba", etc.).

---

238 HART, H.L.A., *Introduction*, p. xii: "A legal system is a system of rules within rules; and to say that a legal system exists entails not that there is a general habit of obedience to determinate persons but that there is a general acceptance of a constitutional rule, simple or complex, defining the manner in which the ordinary rules of the system are to be identified"; Id., *The Concept of Law*, cap. IV y V. En el texto he simplificado en parte, y modificado en parte, las críticas que Hart dirige a Austin. Reenvío al original a los lectores con gustos filológicos. En el segundo volumen retornaré sobre la "regla de reconocimiento", que constituye una de las nociones centrales de la teoría del derecho de Hart.

Las órdenes generales, por el contrario, versan sobre *clases de comportamientos*; prescriben comportamientos indefinidamente repetibles en el tiempo como, por ejemplo, fumar cigarros toscanos, vestir trajes grises, abstenerse de imitar los productos de la competencia, contribuir para la restauración de litorales erosionados, abstenerse de someter a los opositores políticos a tratos degradantes y crueles, etc.

Ahora bien, Austin sostiene que solamente las órdenes generales puedan propiamente denominarse "leyes" o "reglas": *propiamente* desde el punto de vista del rigor conceptual y de la clara y distinta percepción de los fenómenos sociales en su especificidad, que constituyen los valores supremos inspiradores de la teoría austiniana.

Entonces, puesto que las reglas jurídicas o leyes positivas son un tipo de órdenes generales, ¿cuál sería, según Austin, su *forma*, entendiendo por "forma" la *forma teórica standard*, fruto de la reconstrucción especulativa del concepto de "ley positiva" y no necesariamente reflejada en los discursos nomotéticos?

Las Lectures austinianas no contienen nada comparable con el análisis de los distintos modos de formular una norma jurídica desarrollada por Bentham, como se ha visto, en Of Laws in General[239]; de este modo, parecería correcta la afirmación de Bobbio, antes mencionada, según la cual Austin habría omitido "adicionalmente analizar la estructura del imperativo jurídico".

En un pasaje de la primera de sus *Lectures*, sin embargo, Austin provee —sea dicho de paso— el siguiente análisis de una regla jurídica:

> "Por ejemplo —observa Austin— el legislador [*lawgiver*] ordena que los ladrones sean colgados [*that thieves shall be hanged*]. Dados un robo y un ladrón concretos, el juez ordena que el ladrón sea colgado, de acuerdo con la orden del legislador.
> Ahora bien, el legislador *determina* [*determines*] una clase o descripción de actos, *prohíbe* actos de la clase en general e indefinidamente, y *ordena* con la misma generalidad que el castigo siga a la transgresión [de la prohibición, ndr]. La orden del legislador es, entonces, una ley o regla. Pero

[239] BENTHAM, J., *Of Laws in General*, cap. XIII; y cfr. también la *Concluding Note*, en: Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302; cfr., *supra*, cap. I, §§ 12, 14, 18, 20.

la orden del juez es ocasional o particular. Puesto que éste ordena un castigo específico como consecuencia de un delito específico [*offence*]"[240] (Cursivas agregadas).

Si se adopta el punto de vista de la teoría de los actos lingüísticos[241], el análisis austiniano de una regla jurídica, deducible del pasaje apenas transcrito, puede ser reformulado en los siguientes términos. Dado, por ejemplo, el enunciado legislativo:

"Los ladrones deben ser ahorcados".

Austin considera, aparentemente que formulando un enunciado semejante dentro de un documento legislativo, el legislador haya cumplido, de modo simultáneo, *tres* actos lingüísticos *ilocucionarios* (los actos que se realizan "al decir" algo) distintos pero vinculados entre sí, reconducibles: (a) a la categoría de los *actos ejercitivos*, según la clasificación de John Langshaw Austin, o bien, (b) a las categorías de los actos, respectivamente, *declarativos* (el primero) y *prescriptivos* (el segundo y el tercero), según la distinta clasificación propuesta por John Searle.

El *primer acto ilocucionario* consiste en determinar una cierta clase de comportamientos como merecedores de regulación jurídica. Se trata, por tanto, de un acto que podría denominarse de *identificación del supuesto de hecho abstracto de la norma.*

El *segundo acto ilocucionario* consiste en prohibir tales comportamientos. Se trata, por tanto, de un acto de *calificación del supuesto de hecho abstracto jurídicamente relevante en términos de prohibición* —o bien en términos de *obligación*, en este caso *negativo* (el deber de *no* robar).

El *tercer acto ilocucionario* consiste, finalmente, en ordenar que los violadores de la prohibición sean sancionados con la horca. Se trata, por tanto, del acto de *ordenar la sanción de los trasgresores de la prohibición.*

---

240 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 94. Cfr. también la Lecture XLV, pp. 767-768, a la luz de la cual, dicho sea de paso, las observaciones críticas de Kelsen acerca de la presunta incompatibilidad de la distinción austiniana entre derechos y deberes "primarios" y "secundarios" con la noción austiniana de deber, parecen carecer de fundamento (Cfr. KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, pp. 63-64).

241 Sobre la cual, cfr. AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words*; SEARLE, J., *Speech Acts*; Id., *Expression and Meaning*, cap. I.

El análisis austiniano, así reconstruido, aparece del todo congruente con las nociones austinianas de orden y de ley imperativa; en realidad, con *un solo* enunciado, el legislador expresaría *sea* un deseo dirigido a un comportamiento ajeno (el deseo de que no se robe), *sea* la voluntad de que el trasgresor sea sancionado (la voluntad de infligir un mal al trasgresor, a través del aparato sancionatorio existente).

El (aún embrionario) análisis austiniano sugiere algunas observaciones:

1. Aparentemente, según Austin, una ley positiva como, por ejemplo, *"Thieves shall be hanged"* expresaría, no *una*, sino *dos* prescripciones, lógicamente distintas y dirigidas a *dos distintas clases de destinatarios*; de un lado, la prohibición de cometer robos, dirigida a la generalidad de los ciudadanos y/o de los súbditos; del otro, el precepto, dirigido a los jueces, de ordenar el ahorcamiento de cuantos hayan trasgredido la prohibición.

Por otro lado, desde el punto de vista del enunciado utilizado por el legislador, la prohibición de cometer robos es una norma *implícita*, ahí donde el precepto de sancionar a los ladrones con la horca es, por el contrario, una norma *explícita*[242].

2. El filósofo del lenguaje John Searle[243] proveería un análisis pragmático, en parte distinto, de la misma situación. Searle, en concreto, diría que, al formular un enunciado como "*Thieves shall be hanged*", el legislador ha realizado, directamente o expresamente, *un solo* acto ilocucionario: el acto que consiste en ordenar (a los jueces) condenar a los ladrones a la horca. Por el contrario, la prohibición de robar puede ser únicamente configurada como un acto ilocucionario *indirecto*, siempre de tipo prescriptivo o directivo.

3. En la teoría del derecho, una posición análoga a la de Austin ha sido sostenida por Bentham (como se ha visto antes, cap. I, § 18), citado al respecto por Austin, y por Hans Kelsen, aunque sobre la base de un aparato conceptual y terminológico distinto. En efecto, como se ha visto a propósito de Bentham (y veremos aún a continuación, cap. V, § 5), Kelsen distingue entre "normas primarias" y "normas secundarias". Las primeras corresponden a las órdenes austinianas de sancionar, están dirigidas a los órganos de aplicación, y constituyen el caso paradigmático de norma jurídica;

---

242 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XLV, pp. 767-768.

243 SEARLE, J., *Expression and Meaning*, cap. II.

las segundas, por el contrario, corresponden a las prohibiciones austinianas, están dirigidas a ciudadanos particulares, residentes, etc., y son normas jurídicas *implícitas*, cuya vigencia depende de la vigencia de las normas primarias correspondientes.

4. Una posición adicional, y más radical, que merece la pena ser mencionada aquí, ha sido sostenida por Thomas Hobbes.

En un pasaje de *The Elements of Law Natural and Politic* (1640), su primera obra iuspolítica, Hobbes distingue entre las "leyes puras y simples" —por ejemplo: "No robar" ("*Thou shalt not steal*")— y las "leyes sancionatorias" ("*penal laws*", "*judicial laws*") —por ejemplo: "Quien roba un buey, deberá restituir el cuádruple de su valor" ("*He that stealeth an ox, shall restore four-fold*")—. Las primeras están dirigidas indistintamente a cada hombre; las segundas, en cambio, están dirigidas (diríamos hoy) a los órganos de aplicación y de ejecución.

De las leyes sancionatorias, sin embargo, contrariamente a las (también distintas) opiniones de Bentham, Austin y Kelsen (y Thon, como veremos a continuación), *no* se podría extraer —ni directamente ni indirectamente— alguna *regla jurídica* para las personas en general. En efecto, según Hobbes, la vigencia de una regla sancionadora constituiría únicamente el *indicador* del *peligro* inminente de sufrir un mal; sería, en otros términos, un *mero hecho* a tener en cuenta en el propio actuar:

> "Ahora, en aquellas leyes que son leyes puras y simples, la orden (commandment) está dirigida a cada hombre; en las leyes penales, por el contrario, la orden está dirigida al juez, quien es el único culpable de su violación, aun cuando las penas que estén prescritas no sea infringidas; y a los otros no les compete nada más, sino tener en cuenta el peligro"[244].

5. La posición de Hobbes tuvo eco, doscientos cincuenta años más tarde, en las palabras formuladas por el eminente jurista estadounidense Oliver Wender Holmes Jr. (18411935), en un célebre ensayo, *The Path of the Law* (1897), que será considerado, en el curso del siglo XX, como el protomanifiesto del *realismo jurídico americano*.

---

[244] HOBBES, T., *The Elements of Law Natural and Politic*, cap. XXIX; cfr., además, Id., *Leviathan*, cap. XXVI, § 38.

"Cuando estudiamos Derecho —escribe Holmes— no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida [...] La razón por la que nos hallamos ante una *profesión*, por la que los ciudadanos pagarán a los abogados para que les defiendan o les aconsejen, es que en sociedades como la nuestra el *control [command]* de la *fuerza pública* es confiado a los *jueces* en ciertos casos, y si es necesario, el Estado desplegará todo su poder para que sus sentencias se cumplan. La gente quiere saber bajo qué circunstancias y hasta qué punto merecerá la pena correr el *riesgo* de enfrentarse a una instancia tan poderosa, y de ahí que llegue a convertirse en un negocio el averiguar cuándo ha de temerse ese *peligro*"[245]. (Cursivas agregadas).

Hay, por otra parte, una diferencia fundamental entre la posición de Holmes (o el modo en el que dicha posición es generalmente configurada en la literatura iusteórica), de un lado, y la posición de Hobbes, como resulta del pasaje de los *Elements of Law*, por el otro.

Para Holmes la perspectiva respecto a las reglas jurídicas antes delineadas es la perspectiva "pragmática", o "(saludablemente) realista", del hombre sin escrúpulos morales ("*our good friend, the "bad man*"").

En la antropología desencantada de Hobbes, por el contrario, *todos* los hombres, indistinta y fatalmente, asumen el traje del *bad man* ante las normas jurídicas sancionadoras.

6. En el plano de la metateoría del derecho, se suele distinguir entre teorías *normativas* y teorías *predictivas* de la obligación jurídica[246].

Las *teorías normativas* sostienen que:

"los enunciados cognoscitivos en términos de "obligación" *no serían proposiciones empíricas ni predictivas, sino proposiciones acerca de la existencia de normas* [como, por ejemplo: "Existe una norma que ordena a Ticio hacer x", ndr]";

las *teorías predictivas* sostienen, por el contrario, que:

"los enunciados cognoscitivos en términos de "obligación" serían proposiciones *puramente empíricas*, sin ninguna referencia a normas. En particular,

---

[245] HOLMES JR., O.W., *The Path of the Law*, 1897, en Id., *The Holmes Reader*, pp. 59 ss.

[246] Sobre esta distinción, cfr. también *supra*, cap. I, § 6.2.

se trataría de predicciones o *previsiones probabilistas* (condicionales), susceptibles de verificación o falsación"[247] (Cursivas agregadas).

En el plano de la metateoría del derecho se suele, además, adscribir a Austin (junto con su maestro, Bentham) a las filas de los *predictivistas*[248].

A la luz de la presente reconstrucción, sin embargo, no parece irrazonable configurar la teoría austiniana de la obligación jurídica, al igual que la de Bentham, como una *teoría mixta* (la etiqueta, se recordará ha sido acuñada por Hart): *ni* puramente normativa *ni* puramente predictiva[249]. Desde el punto de vista de Austin, en efecto, un enunciado cognoscitivo en términos de "obligación" como, por ejemplo:

"Ticio tiene la obligación jurídica de hacer *x*"

no parece que se pueda traducir, sin pérdida de significado, en un enunciado como:

"Si Ticio no hace *x*, Ticio incurrirá probablemente en una consecuencia desagradable";

por el contrario, es necesario recurrir a la conjunción de, al menos, tres enunciados; en concreto:

(a) "El soberano ha puesto una regla L_1, con la cual ha ordenado que Ticio debe hacer *x*";
(b) "El soberano ha puesto una regla L_2, con la cual ha ordenado que Ticio sea sancionado en un cierto modo, en caso de que no haga *x*";
(c) "Existe la probabilidad *p* de que Ticio sea efectivamente sancionado de aquel cierto modo, si no hace *x*".

8. DEL SOBERANO Y DE OTROS SUPERIORES POLÍTICOS

Después de haber caracterizado las reglas jurídicas, en cuanto leyes propiamente dichas, como órdenes generales, es necesario destacar con base en *qué* características las leyes positivas se distinguen de las otras leyes

---

247 GUASTINI, R., *Distinguiendo*, p. 122.

248 Cfr., por ejemplo, LAGERSPETZ, E., *Obligations, Sanctions, and Coercion*, pp. 117 ss.

249 Por lo demás, ni siquiera la teoría kelseniana del deber jurídico es puramente normativa, como se verá en el cap. V.

imperativas; en particular, de las leyes divinas y de ciertas leyes de la moral positiva.

Sobre la base de Bentham, Austin reconoce la especificidad de las reglas jurídicas, como he anticipado, en la *calidad del emisor*; en ser, en concreto, las órdenes generales que, en una *sociedad política independiente*, un *superior político* —el *soberano* o un *delegado* suyo, o *subordinado político*— dirige a sus súbditos.

> "Toda ley positiva (o bien, toda ley simplemente y estrictamente así denominada) —escribe Austin[250]— es puesta directamente, o indirectamente, por un soberano único [*individual*] o colegiado [*body*], para uno o más miembros de la sociedad política independiente en la cual su autor es supremo. En otras palabras, toda ley es puesta, directa o indirectamente, por un monarca o por un cuerpo soberano, para una o más personas en estado de sujeción respecto de su autor".

Por lo tanto, para aclarar qué cosa es una ley positiva es necesario aclarar las nociones de "soberano", "superior político", "sociedad política independiente", "estado de independencia", "estado de sujeción" y "subordinados políticos". Tratándose de nociones estrechamente vinculadas entre sí, por lo que no es posible aclarar una sin al mismo tiempo aclarar las otras, cada una de ellas puede ser asumida como el punto de partida para cualquier intento de dilucidación. Sin embargo, puesto que la noción central parece ser la de "sociedad política independiente", iniciaré ilustrando esta última.

Según Austin una "sociedad política independiente" presenta tres características:

1. Un *número considerable* de asociados;
2. El *estado de sujeción* de la mayor parte de los asociados en relación con un superior determinado y común;
3. El *estado de independencia* del superior común.

1. *Número considerable de asociados.* Para que haya una sociedad *política* es necesario, ante todo, que haya un agregado social compuesto de un número "no extremamente limitado" de asociados: una sociedad *política* no es una familia, aun si es extendida, ni un clan ni una población. Estas últimas

[250] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, p. 330.

formaciones sociales, según Austin —en cuya opinión resuenan ideas de la *Política* de Aristóteles— no han superado aún el evanescente umbral del estado de naturaleza o prepolítico.

2. *Estado de sujeción respecto de un superior determinado y común.* Para que haya una sociedad *política* es necesario, en segundo lugar, que la mayor parte de los asociados *obedezca habitualmente* las órdenes generales de un superior común o de sus subordinados. En otras palabras, que exista un hábito generalizado a la obediencia ("*habit of obedience*") respecto de un mismo superior. Es necesario, además, que el superior esté *determinado*: que se trate de un individuo determinado (por ejemplo, Hierón II, rey de Siracusa) o de un conjunto de individuos determinados o determinables (por ejemplo, una democracia parlamentaria, todos los ciudadanos inscritos en las listas del electorado pasivo).

3. *Estado de independencia del superior común.* Para que haya una sociedad política *independiente* es necesario, en tercer y último lugar, que el superior no preste a su vez obediencia *habitual* a otros superiores humanos. Solo bajo esta condición, el superior común es el *soberano* de aquella sociedad política, y la sociedad política puede decirse *independiente*.

Veamos brevemente, con mayor detalle, algunas características del soberano.

8.1. Soberanos monocráticos, soberanos colegiados

Sostiene Austin que el soberano puede ser *un* individuo determinado, o bien un cierto número, más o menos amplio, de individuos determinados.

En el primer caso, la sociedad política independiente está gobernada por una "monarquía". En los otros casos, la sociedad política independiente está gobernada por una "aristocracia", ya que el número de los individuos que forman parte del "cuerpo soberano" ("*sovereign number*") no coincide con, y es inferior a, el número de los individuos que forman parte de la sociedad.

Austin considera extremamente improbable la existencia de una sociedad política cuyos asociados sean *todos*, al mismo tiempo, miembros del cuerpo soberano[251]. De modo que, según su clasificación de las formas de

[251] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, p. 237.

gobierno, las democracias que efectivamente han existido o que existen —por ejemplo, las modernas democracias occidentales— no serían sino "aristocracias" caracterizadas, sin embargo, por un cuerpo soberano muy numeroso.

Igualmente, son "aristocracias", en el sentido austiniano del término, muchos de los gobiernos comúnmente considerados monárquicos. Austinianamente hablando, por ejemplo, la monarquía británica es una aristocracia, si bien es a menudo considerada como un caso paradigmático de "monarquía limitada" o "constitucional". Para Austin, en efecto, el "soberano" británico no es *un* individuo *superiorem non recognoscens*, sino el conjunto de individuos constituido, en particular:

> por el rey (o por la reina), por los miembros de la cámara de los lores, que son tales por designación real o por sucesión, además de los individuos que forman parte de cuerpo electoral de la cámara de los comunes, que son tales con base en las leyes sobre el electorado activo ("*that sovereign body of king, lords, and commons, by which our positive law is directly or circuitously established*")[252].

8.2. Soberano y producción de normas jurídicas

Al igual que Bentham (cap. I, § 13), Austin sostiene que el soberano produce reglas jurídicas (*positive laws*), *o* directamente *o* indirectamente, a través de autoridades políticas subordinadas, investidas expresamente o tácitamente para ello de poderes nomotéticos —legisladores locales, jueces, virreyes, gobernadores, intendentes, bajás, prefectos, visires, vaivodas, etc—.

Austin considera, además, como hemos visto antes (§ 5.6.), que para que una norma imperativa tenga valor de regla jurídica en una determinada sociedad política independiente en un determinado momento *t*, no es necesario que haya sido efectivamente producida por el soberano actual, o por sus delegados, sino que es suficiente que el soberano la haya, expresa o tácitamente, dotado de su "sanción":

> "Incluso si su origen directo sea una otra fuente, [una norma] *es* una ley positiva, o una ley en sentido estricto, por disposición del *presente* soberano en su calidad de superior político. Es decir, que (usando las palabras de

[252] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, p. 273.

> Hobbes) 'legislador no es aquel por cuya autoridad la ley fue originariamente producida, sino aquel en fuerza de cuya autoridad ésta continua siendo una ley'"[253]. (Cursivas agregadas).

Entonces, así como para las órdenes en general, también para las leyes positivas valen los requisitos de la persistencia del deseo y de la persistencia de la voluntad de dañar. Un deseo y una voluntad que, sin embargo, están constituidos, bien vistas las cosas, por un presunto *idem sentire* entre el soberano precedente y el soberano actual[254].

Posición teórica, esta última que, como se ha visto, es muy discutible (supra, § 5.6).

8.3. ¿Límites jurídicos al poder del soberano?

En la teoría austiniana, el poder del soberano es, por definición, "incapaz de limitaciones *jurídicas*":

> "Un monarca o un cuerpo soberano, vinculados por un deber *jurídico* [*legal duty*], estarían sometidos a un soberano más elevado o superior; vale decir, un monarca o un cuerpo soberano vinculados por un deber jurídico serían, a la vez, soberanos y no soberanos. Un poder [jurídico, ndr] supremo limitado por el derecho positivo es una clara contradicción en sus términos"[255].

Es necesario formular algunas precisiones acerca de la teoría austiniana de la soberanía, con el fin de evitar posibles malentendidos —como, por ejemplo, incluir a Austin entre los autores de una ideología absolutista o totalitaria del poder político—.

1. Austin considera que, por lo general, en los hechos, el poder de un soberano está *limitado*, sea por las leyes divinas, sea por las normas de la moral positiva —de las que, según Austin, como fuera mencionado, forman parte las normas del derecho constitucional del derecho internacional—. Entonces, la ausencia de límites *jurídicos* —en el riguroso sentido de "jurídico", definido por Austin— no implica, necesariamente, la ausencia de cualquier *límite normativo*.

---

253 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, p. 220.

254 Para las críticas de Hart sobre este aspecto no secundario de la teoría austiniana de las normas jurídicas, cfr. *supra*, § 5.6.

255 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, p. 263.

2. Las disposiciones, a veces incluidas en las cartas constitucionales, con las cuales el soberano pone los límites al propio poder o al de sus sucesores, no expresan reglas jurídicas propiamente hablando, ya que no imponen ni pueden imponer obligaciones jurídicas; todas son, a lo más, "máximas" o "recomendaciones", a veces sostenidas por la moral positiva, que un soberano se dirige a sí mismo o a quien lo sucederá.

3. La imposibilidad de limitar jurídicamente el poder soberano, allí donde el soberano no sea único sino colegiado, vale únicamente para el cuerpo soberano *considerado como un sujeto unitario*.

4. En caso de que la titularidad del poder soberano esté repartida entre distintos sujetos, ninguno de los cuales sea, por tanto, su exclusivo titular, los titulares de los distintos "poderes", o porciones de poder soberano, pueden ser destinatarios de verdaderos y propios deberes jurídicos; pueden estar sujetos a sanciones jurídicas[256]. Entonces, la ausencia de límites jurídicos al poder soberano no implica necesariamente la ausencia de límites jurídicos para cada uno de los poderes estatales e, indirectamente, para quienes lo ejercen.

En virtud de este último aspecto, a la teoría austiniana de la soberanía no se le puede imputar de configurar la "irreducible antinomia entre soberanía y derecho", que caracteriza a la concepción moderna de la soberanía, y se resume en la idea, según la cual, como escribe Ferrajoli[257]:

> "sobre el plano del derecho interno de los ordenamientos avanzados (...), la soberanía está en contraste con el paradigma del estado de derecho y de la sujeción a la ley de cualquier poder".

La teoría austiniana parece acreditar la incompatibilidad entre soberanía y derecho —y la sujeción del derecho al poder político soberano— en dos casos: en los gobiernos autocráticos, y en los gobiernos aristocráticos en los que, contingentemente, ningún deber jurídico —ningún freno o contrapeso jurídico— haya sido impuesto a los componentes individuales de la aristocracia. En este último caso, sin embargo, no se puede excluir *a priori* que aquellos no sufran los *límites jurídicos indirectos*, que es necesario mencionar ahora.

---

256 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, pp. 269 ss.

257 FERRAJOLI, L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, pp. 9 y 39 ss.

5. Sostiene Austin que los actos *ultra vires* de los miembros individuales o de cada componente colectivo del cuerpo soberano pueden resultar del todo ineficaces, como consecuencia del *deber jurídico* que puede ser impuesto a los órganos aplicadores, de *desaplicarlos*.

Junto con los vínculos impuestos por la moral positiva, este mecanismo constituiría, según Austin, un modo adicional de impedir a un "individuo jurídicamente irresponsable" ("legally irresponsible individual") o a un "grupo de individuos jurídicamente irresponsables" ("legally irresponsible aggregate") dar lugar a "un ejercicio inconstitucional de su poder jurídicamente ilimitado" ("an unconstitutional exercise of his legally unlimited power"). Esto, en cuanto:

> "Si [un cierto componente del cuerpo soberano, ndr] pretendiese emitir una orden que no tiene el poder jurídico de emitir [*is not empowered to issue*] con base en su cuota constitucional de soberanía, su orden inconstitucional no sería jurídicamente vinculante [*legally binding*] y, por tanto, la desobediencia a dicha orden no sería ilícita [*illegal*]. Y en realidad, aunque pueda no ser jurídicamente responsable por haber excedido sus poderes, quienes hayan sido ordenados a seguir su orden inconstitucional podrían probablemente ser llamados a responder ante el derecho positivo en caso de que intentasen cumplir semejante orden. Por ejemplo, si el rey (...) mediante una proclamación u ordenanza suya pretendiese introducir una norma jurídica [*law*] equivalente a un acto del parlamento, el pretendido acto legislativo [*statute*] no sería jurídicamente vinculante y, por tanto, la desobediencia a ese pretendido acto legislativo no sería un ilícito. Y a pesar de que el rey (...) no sea jurídicamente responsable de esta hipotética violación suya *del derecho o de la moral constitucional*, aquellos a quienes el rey (...) haya ordenado aplicar el pretendido acto legislativo serían civil o penalmente responsables, si intentasen seguir aquella orden"[258].

6. Sostiene Ferrajoli, ilustrando la concepción filosófica-política moderna de la soberanía, que soberanía y derecho son incompatibles, no solo sobre el plano del derecho interno, sino también:

> "sobre el plano del derecho internacional, donde ésta [la soberanía, ndr] es contradicha por las modernas cartas constitucionales internacionales, en

[258] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, pp. 271-272.

particular, por la Carta de la ONU de 1945 y por la Declaración Universal de los Derechos de 1948"[259].

Sobre este punto, la teoría austiniana de la soberanía parecería incurrir realmente en la "antinomia" señalada por Ferrajoli. Y, en realidad, el mismo Austin considera al derecho internacional no ya como derecho en sentido propio, sino como un agregado de reglas pertenecientes a la moral positiva. De modo que, en línea con la concepción moderna (o "clásica") de la soberanía, Austin afirmaría la supremacía del estado —y del derecho estatal— sobre el derecho internacional del modo más categórico: llegando incluso a negar al derecho internacional el prestigioso nombre de "derecho".

Se advierte, sin embargo que, así entendida, la teoría austiniana de la soberanía y de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional sería, viéndolo bien, una ideología: un discurso axiológicamente comprometido, dirigido, en particular, a configurar el estado —los estados individuales— como sujetos cuya acción sobre la escena internacional *no puede ni debe* sufrir *límites normativos* de cualquier clase. De esta forma, además, la teoría austiniana no se limitaría a servirse de una distinción conceptual —la distinción entre "derecho positivo estatal" y "derecho internacional"— fundada sobre la experiencia, sino que adscribiría al derecho positivo estatal un *valor ético* positivo, configurando, por el contrario, al derecho internacional en cuanto "moral positiva", como algo dotado de menor valor.

Sin embargo, este modo de ver las cosas parece incompatible con la perspectiva íntegra del discurso austiniano que es, y quiere ser, una perspectiva "científica". En realidad, Austin no atribuye de ninguna manera al derecho estatal —en su léxico: al derecho de las "comunidades políticas independientes"— un mayor *valor ético-normativo* —alguna preeminencia *axiológica*— respecto a la moral positiva y al derecho internacional en cuanto moral positiva. Austin no niega que las normas de derecho internacional puedan regular y limitar la acción de los estados ni que estén dotadas de sanciones, tan solo se limita a poner en evidencia las *diferencias* entre las dos cosas. Diferencias que, si a algunos les parecen menos marcadas en la presente época —distinguida por las Cartas y las Declaraciones mencionadas por Ferrajoli (algunas de las cuales carecen, por lo demás, de valor jurídi-

[259] FERRAJOLI, L., *La sovranità nel mondo moderno*, p. 9.

co)—, eran, en cambio, más nítidas en la época de triunfante nacionalismo, imperialismo, belicismo y colonialismo en la cual Austin elaboró sus *Lectures*.

8.4. Digresión: normas de competencia y normas sobre la producción jurídica

Uno de los principales temas de reflexión en la teoría del derecho al final del siglo XX ha sido el de las denominadas *normas de competencia* ("norms of competence", "competence norms", "norme di competenza", power-conferring rules", etc.). Los teóricos del derecho se han interrogado, en particular, sobre cuál sea la naturaleza y/o la forma lógica de tales normas, llegando, por lo demás, a resultados divergentes. En efecto, en relación con una misma "norma de competencia" como, por ejemplo,

"La función legislativa es ejercida por la Cámara de los diputados"

se ha sostenido, alternativamente:

1. que se trata de una *norma permisiva* —"Está permitido a la Cámara de los diputados ejercer la función legislativa"— cuya forma lógica sería, por tanto, del tipo:

"Pp";

2. que se trata de una *norma imperativa* —"Es obligatorio observar las normas producidas por la Cámara de los diputados en el ejercicio de la función legislativa"— cuya forma lógica sería, por tanto, del tipo:

"Oq";

3. que se trata de una *norma definitoria* o *conceptual*, que contiene una definición de "ley" o "disposición legislativa" —"Por 'ley' se entiende cualquier resultado del ejercicio de la función legislativa por parte de la Cámara de los diputados"— cuya forma lógica sería, por tanto (en la simbología de la lógica de los predicados):

"(x) (DNCADx → Lx)"

donde "DNCAD" está por "disposición normativa de la Cámara de los diputados" y "L" está por "ley", y se lee: "Para todos los x, si x es

una disposición normativa de la Cámara de los diputados, entonces x es una ley";

4. que se trata de una *norma tético-constitutiva*[260], es decir, de una norma que *pone una condición necesaria*, pero *no suficiente*, de existencia de cosas como las "leyes" —"La producción de las leyes corresponde únicamente a la Cámara de los diputados en el ejercicio de su función legislativa"— cuya forma lógica-simbólica sería, por tanto:

"(x) (DNCADx ⇒ Lx)"

"Para todos los x, *solo si* x es una disposición normativa de la Cámara de los diputados, entonces x es una ley");

5. que se trate, conjuntamente, de dos o más de las distintas cosas enumeradas: de una norma permisiva, respecto de la Cámara de los diputados; de una norma imperativa, respecto del conjunto de los ciudadanos o, austinianamente, de los súbditos; de una regla conceptual, respecto del término "ley", etc.[261].

Finalmente, se podría sostener también que las "normas de competencia" sean —o puedan ser configuradas como— las *normas imperativas* que imponen a sus destinatarios la obligación de producir normas de un cierto tipo ("La Cámara de los diputados *debe* producir leyes") o bien que sean —o que puedan ser configuradas como— *normas imperativas-atributivas*, que imponen a sus destinatarios la obligación de ejercer un poder nomotético que contextualmente se les atribuye ("La Cámara de los diputados debe ejercer la función legislativa"). Estas concepciones, ajenas al debate iusteórico, encuentran eco en los discursos de los juristas, en los términos de la elusiva figura del "poder-deber"[262].

---

260 Cfr. CONTE, A.G., *Materiali per una tipologia delle regole*, pp. 67 ss.

261 Sobre las normas de competencia, cfr., por ejemplo, BULYGIN, E., *Sobre las normas de competencia*, 1988, en: ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, pp. 485 ss.; GUASTINI, R. *Distinguendo*, pp. 303 ss.; SPAAK, T., *The Concept of Legal Competence*; FERRER, J., *Las normas de competencia*, cit.; sobre las normas de competencia en la teoría pura del derecho, cfr., además, cap. V, § 5.7.

262 Cfr., algunas señas en SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, p. 171, sobre el cual

Riccardo Guastini, en una de las más lúcidas contribuciones sobre el tema, observa que muchos teóricos, paradójicamente, hablan de "normas de competencia" sin tener una clara percepción del objeto de sus reflexiones[263]. En particular, sin darse cuenta que usan la locución "normas de competencia" para designar, a la vez e indistintamente, al menos a cinco distintos tipos de normas que, por la común relación con un mismo objeto —la producción de normas jurídicas— Guastini propone llamar *normas sobre la producción jurídica*, recuperando una denominación acuñada por el jurista Tomaso Perassi (1866 -1960)[264] (para quien son "normas con las cuales el ordenamiento regula los procesos de la creación, modificación y extinción de sus normas") y utilizada por Norberto Bobbio[265]. Se trataría, en particular,

1. de las normas que atribuyen competencia normativa a un órgano determinado, o *normas de competencia en sentido estricto*;
2. de las *norma procedimentales*, que establecen las modalidades de ejercicio de una competencia normativa;
3. de las normas que determinan la materia en la cual un órgano es competente para producir derecho, o *normas de competencia materiales*;
4. de las normas que reservan la producción jurídica en una determinada materia a un órgano determinado, o *normas que instituyen una reserva de competencia*;
5. de las normas que circunscriben el objeto de una competencia material, o *normas de contenido,* las cuales, por ejemplo, impiden al órgano competente regular de un cierto modo un supuesto de hecho que se encuentra en la propia esfera material de competencia.

Provistos de estas nociones aportadas por la filosofía analítica contemporánea, regresemos brevemente a la teoría de Austin.

CHIASSONI, P., *Giocare secondo le regole.*

263 GUASTINI, R., *Distinguendo*, pp. 251 ss.; Id., *Il diritto come linguaggio*, pp. 83 ss.

264 PERASSI, T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, p. 34.

265 BOBBIO, N., *Norme secondarie*, 1975, en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 238 ss.; Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 175 ss.

8.5. Austin y las normas sobre la producción jurídica

En el pasaje de la VI *Lecture* antes citado, Austin considera la situación en la cual un individuo, que pertenece al cuerpo soberano de una sociedad política independiente, pretenda emitir una orden que:

> "no tiene el poder jurídico de emitir conforme a su cuota constitucional de soberanía".

El pasaje parece presuponer la presencia de normas sobre la producción jurídica; en particular, normas que confieren y delimitan poderes normativos.

Para Austin, sin embargo, el derecho positivo es un conjunto, o sistema, de normas generales imperativas, que ordenan o prohíben comportamientos, acompañadas o implicadas por normas sancionadoras.

Las normas que confieren poderes normativos, sin embargo, no parecen reducibles a normas imperativas sancionadas. De esto sigue que, aparentemente, la teoría del derecho de Austin resultaría viciada por una incongruencia insubsanable: estaría construida en torno a un concepto de derecho y de norma jurídica no idóneo para dar cuenta de las normas de competencia.

La réplica de Austin a esta crítica parece ser la siguiente: el *derecho positivo* (es decir, cualquier derecho positivo), propiamente entendido, *es un conjunto de reglas generales, imperativas y sancionadas del soberano de una sociedad política independiente*. La jurisprudencia, sin embargo, debe ocuparse también de otras cosas, vinculadas de distintas maneras a las normas jurídicas propiamente dichas, y precisamente:

(1) de las órdenes particulares emanadas de los jueces, o de otros superiores políticos subordinados, en ejecución de órdenes generales del soberano;
(2) de ciertos tipos de leyes o normas, aparentemente no imperativas, ni reducibles a, o configurables como, leyes o normas imperativas —que llamaré *leyes accesorias*—, entre las cuales figurarían, por ejemplo, las normas sobre la producción jurídica a las cuales Austin hace implícita referencia en el pasaje antes citado.

Habría, finalmente, en cada derecho positivo evolucionado, otras "leyes" que se presentan como no imperativas pero que son, viéndolo bien, reducibles a leyes imperativas —que llamaré *leyes imperativas disimuladas*, o

imperativos disimulados (Cfr., además, § 10). Estas últimas, como es obvio, no plantean algún problema a la teoría austiniana.

Ahora bien, la réplica de Austin no puede considerarse satisfactoria, pues da lugar a una aparente contradicción y, en todo caso, al menos para un lector del siglo XXI, a una paradoja.

La contradicción consiste en lo siguiente: si la presente reconstrucción del pensamiento austiniano es correcta, según Austin habría cosas —las leyes accesorias, las órdenes políticas individuales— que *no son derecho positivo*, pero de las que la jurisprudencia, que por estatuto debería estudiar *solo* el derecho positivo, debe ocuparse a pesar de todo.

Para escapar de la contradicción es necesario modificar, alternativamente, la concepción austiniana del ámbito de la jurisprudencia, o bien la concepción austiniana del derecho positivo (o ambas, pero no tomaré aquí en consideración esta última hipótesis).

Desde el primer escenario, se puede sostener que, bien vistas las cosas, las leyes imperativas no serían ya el objeto *exclusivo* sino solo el objeto *preeminente*, de la jurisprudencia. Esta última, en efecto, debería ocuparse, además que de las normas propiamente jurídicas, también de otras normas, no propiamente jurídicas, pero estrechamente vinculadas con aquellas.

Desde el segundo escenario, se puede sostener que, bien vistas las cosas, Austin usa *dos* nociones de *derecho positivo*: una noción estrecha y una noción amplia. Para la noción *estrecha* ("*derecho positivo en sentido estricto*") el derecho positivo es el conjunto de las leyes imperativas sancionadas por un soberano; para la noción *amplia* ("*derecho positivo en sentido amplio*"), en cambio, el derecho positivo incluye, además de las órdenes generales del soberano, también las órdenes particulares del soberano o de sus delegados, así como las leyes accesorias.

Esta última tesis, quizás, encuentra apoyo en las *Lectures* austinianas, ahí donde se afirma explícitamente que las (cosas aquí denominadas como) leyes accesorias constituyen las "excepciones" a la "afirmación (*proposition*) según la cual "las leyes [positivas, ndr] son una especie de órdenes""[266].

La paradoja —que permanece, en todo caso, cual fuera la solución de las antes indicadas que se adopte— consiste en lo siguiente: por lo visto,

[266] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, pp. 98-99.

Austin configura (por lo menos algunas de) las normas sobre la producción jurídica utilizada por quienes ejercen la soberanía, bien como *reglas no jurídicas*, pertenecientes a la moral positiva (primera hipótesis), o bien como *reglas jurídicas secundarias*, pertenecientes al derecho positivo en sentido amplio pero no al derecho positivo en sentido estricto (segunda hipótesis).

Por otra parte, el propio Austin, como resulta del pasaje antes citado[267], se refiere a la situación, para nada peregrina, en la cual un componente del cuerpo soberano, *violando* algunas normas constitucionales sobre la producción jurídica, produce una ley imperativa destinada a permanecer ineficaz en virtud de la obligación de desaplicarla que, por hipótesis, incumbe a los órganos aplicadores. Situaciones de este tipo ponen en evidencia cómo las normas constitucionales sobre la producción jurídica desempeñan un rol de primaria importancia respecto de las leyes positivas; en efecto, éstas funcionan por parámetros (diríamos hoy) de "validez", sobre la base de los cuales los órganos aplicadores discriminan entre las leyes imperativas (plenamente válidas) que tienen el deber (sancionado) de aplicar y las leyes imperativas (inválidas) que tienen la obligación (igualmente sancionada) de desaplicar. De esto se sigue que ciertas reglas, de las cuales el propio Austin parece reconocer la capital relevancia para el derecho positivo, o bien permanecen confinadas en el limbo de las reglas *no jurídicas*, o bien se encuentran en aquél, contra intuitivo e incongruente, de las (diríamos hoy) *normas jurídicas accesorias, no paradigmáticas, secundarias, conceptualmente marginales*.

Una de las principales críticas dirigidas por Herbert Hart a la teoría austiniana del derecho consiste en la acusación de *reduccionismo*: en haber reducido el derecho positivo al conjunto de las órdenes generales de un soberano, desatendiendo y ocultando la *variedad tipológica* de las normas jurídicas positivas[268].

A la luz de las consideraciones precedentes y además, como veremos en breve, de la tipología austiniana de las leyes accesorias, la acusación de reduccionismo promovida por Hart puede ser precisada distinguiendo dos tipos de reduccionismo: el reduccionismo *ontológico* y el reduccionismo *teórico*.

---

267 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture VI, pp. 271-272.

268 HART, H.L.A. *The Concept of Law*, cap. III.

El *reduccionismo ontológico* —del cual considero solo la variante *monista*, caracterizada por una *reductio ad unum*— es la tesis, de carácter ontológico, según la cual, más allá de las apariencias, existiría *un solo tipo* de normas jurídicas.

El *reduccionismo teórico* (monista) consiste, por el contrario, en presentar un cierto tipo de normas como el tipo paradigmático, teóricamente más interesante o más relevante de norma jurídica, sin negar que, en los derechos positivos, hayan y puedan haber también normas de tipo diverso.

A la luz de esta distinción, uno de los principales defectos de la teoría del derecho de Austin parece consistir, entonces, en un discutible y paradójico *reduccionismo teórico*, antes que en un (ciego) reduccionismo ontológico. Dicho esto, veamos brevemente qué leyes en la teoría austiniana son *accesorias* y cuáles son, por el contrario, *imperativos disimulados*.

9. LEYES ACCESORIAS

Austin identifica tres tipos de normas que, a su modo de ver, no son "leyes imperativas", sino leyes accesorias respecto de las primeras. Se trata, en particular: 1. de las leyes interpretativas; 2. de las leyes derogatorias de leyes imperativas (leyes de derogación); 3. de las leyes imperfectas.

9.1. Leyes interpretativas. Fragmentos de hermenéutica austiniana

Las *leyes interpretativas* —"declaratory laws", "declaratory statutes"— son "actos de interpretación auténtica" ("acts of authentic interpretation"). Al respecto, Austin advierte la necesidad de distinguir las leyes *efectivamente* interpretativas de las leyes *pseudointerpretativas* que son, por el contrario, (nuevas) leyes imperativas disimuladas[269].

Como es obvio, para poder llevar a cabo esta distinción es necesario contar con algún criterio de *interpretatividad*; con algún criterio con base en el cual distinguir lo que *es* "interpretación" de lo que, por el contrario, *no es* "interpretación". Se hace, entonces, necesaria una digresión sobre la teoría austiniana de la interpretación jurídica[270].

---

269 AUSTIN, J., *Lectures*, pp. 98, 214, 637-638.

270 Cfr. AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XXXIII, pp. 577 ss.; Id., *A Note on Interpretation*, en Id., *Lectures*, pp. 989 ss.

La hermenéutica austiniana está centrada sobre la distinción entre "verdadera interpretación" ("genuine interpretation") e "interpretación espuria" ("spurious interpretation"), que hace eco de la distinción, trazada por Bentham, entre "interpretación estricta" ("strict interpretation") e "interpretación liberal" ("liberal interpretation") (*supra*, capítulo I, § 20).

En adhesión al cognoscitivismo interpretativo (sobre el cual cfr., además, cap. IV), Austin considera que la genuina interpretación de un documento legislativo (*statute*) es una actividad *cognoscitiva*, cuyo objetivo consiste en el descubrimiento del significado que el legislador ha querido atribuir originariamente a las palabras de la ley:

> "En la actividad [*process*] de interpretación (propiamente dicha) la finalidad consiste (...) en llegar a determinar el significado de las expresiones mediante las cuales el legislador ha intentado comunicar sus intenciones (...) el fin propio de la interpretación consiste en el *descubrimiento* [*discovery*] *del significado que de hecho fue atribuido por el legislador a tales expresiones*"[271]. (Cursivas agregadas).

La interpretación espuria, por el contrario, tiene lugar cada vez que los jueces efectúan la denominada *interpretación correctiva* (*interpretatio correctiva*); cuando, bajo el pretexto de interpretar las leyes, les atribuyen un significado arbitrario, desatendiendo y "corrigiendo" su significado originario unívoco:

> "Mediante tal interpretación extensiva o restrictiva —escribe Austin[272]— el juez se puede alejar del significado manifiesto de un documento legislativo, con el objetivo de dar voz a su *ratio* o fin. En tales casos, no actúa como *juez* que interpreta el derecho, sino como *legislador* subordinado que le corrige sus errores y sus defectos. Él supone qué expresiones *habría* debido usar el legislador (...) si hubiese expresado su intención en términos apropiados (...) Y tales hipotéticas expresiones (...) las *sustituye* a las claras expresiones que el legislador ha utilizado de hecho.

Esto, sin embargo, no es *interpretación* sino una actividad [*process*] de revisión [*amendment*] o de corrección [*correction*] legislativa, que pone la

---

271 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XXXVII, pp. 629-630.

272 AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XXXVII, p. 629.

entera legislación a merced [*arbitrary disposition*] de los tribunales". (cursivas en el texto).

¿Cómo se hace, no obstante, para "descubrir" el significado que el legislador ha querido atribuir a las palabras de una ley?

Sobre el tema Austin asume una posición del todo convencional para su tiempo (cfr. cap. IV). En efecto, según la metodología hermenéutica austiniana, la verdadera interpretación es una actividad que, en deferencia al principio de fidelidad a la intención del legislador histórico, está conformada por cuatro *cánones* o *criterios* interpretativos. Estos cánones funcionan, no (solamente) como instrumentos para *justificar* una cierta interpretación de una disposición legislativa, sino, ante todo, como instrumentos *heurísticos*: para *encontrar* la interpretación correcta de una disposición. Se trata, en concreto:

1. del *canon literal*, según el cual se debe atribuir a las palabras de los documentos legislativos su significado "literal, gramatical, usual u obvio";
2. del *canon teleológico-textual*, según el cual se debe atribuir a las palabras de un documento legislativo el significado sugerido por, o conforme a, "la finalidad del documento legislativo, tal como está indicado por el propio documento legislativo";
3. del *canon teleológico-histórico*, según el cual se debe atribuir a las palabras de un documento legislativo el significado sugerido por, o conforme a, "la finalidad del documento legislativo, tal como está indicada por la historia del propio documento legislativo";
4. del *canon sistemático*, según el cual se debe atribuir a las palabras de un documento legislativo el significado sugerido por, o conforme a, "los claros dictámenes de otros documentos legislativos emanados del mismo legislador *en igual materia*"[273].

Austin no aclara qué relaciones median entre los cuatro criterios. Se trata, eso sí, de una grave laguna en la metodología interpretativa austiniana, pues permanecen sin solución algunos problemas ineludibles.

[273] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture XXXVII, p. 624.

Un *primer problema* consiste en preguntarse si un intérprete deba *siempre* utilizar *los cuatro criterios*, en deferencia a una implícita directiva interpretativa en tal sentido, o no.

Un *segundo problema* consiste en preguntarse, en caso de que se hayan utilizado los cuatro criterios hermenéuticos, y se haya llegado a resultados —es decir, a *significados*— distintos para la misma disposición legislativa, *qué* significado entre estos sea "el" significado querido por el legislador.

Un *tercer problema* consiste, finalmente, en lo siguiente: si se llega a establecer que *no* todos los cuatro criterios deban ser utilizados a la vez en cada caso, ¿cómo se debe proceder? Para tal propósito es necesario introducir alguna directiva interpretativa (en función procedimental-preferencial) como, por ejemplo, "primero se debe utilizar el criterio literal, y solo si de este no se obtiene resultados satisfactorios (un "claro dictamen"), se podrá proceder al criterio teleológico-textual, y solo si de este no se obtiene resultados satisfactorios (un "claro dictamen"), se podrá proceder al criterio teleológico-histórico, y así sucesivamente".

Por lo demás, más allá de estas lagunas, la teoría austiniana de la interpretación presenta un problema más serio: a excepción del canon literal, los otros tres cánones interpretativos, que Austin indica como instrumentos de "verdadera interpretación" de las leyes, pueden ser —y son habitualmente— usados para acreditar *interpretaciones espurias*. De esto se deriva que la distinción entre interpretación propiamente dicha e interpretación espuria, que constituye el núcleo de la teoría austiniana de la interpretación jurídica, se revela —a la luz de aquello que el propio Austin afirma— como ilusoria.

Volviendo a las "leyes interpretativas", no se puede dejar de notar que la teoría austiniana resulta un tanto limitada.

Austin no dice sobre la base de qué criterios estas leyes puedan ser distinguidas de las leyes no interpretativas. No dice, por ejemplo, si éstas son tales en virtud de elementos puramente formales (como la calificación del propio legislador, denominándolas como "ley interpretativa", "disposición de interpretación auténtica", etc.) o si se deba, en cambio, recurrir a criterios sustanciales, de modo que una ley sea verdaderamente interpretativa, cual sea el *nomen* que le ha impuesto el legislador, si, y solo si, su contenido pueda (razonablemente) ser configurado como la interpretación de otra ley precedente.

Si, a título de experimento mental, suponemos que los cuatro cánones hermenéuticos valgan también para el legislador, que quiera ser un genuino intérprete de sus propias leyes, se debe concluir que una ley es *interpretativa* si, y solo si, el significado que esta atribuye a la ley interpretada sea un significado que puede ser determinado —descubierto y/o justificado— sobre la base de los cuatro cánones antes mencionados.

9.2. Leyes derogatorias

Las *leyes derogatorias* de leyes imperativas, denominadas por Austin también como "leyes permisivas", son caracterizadas así:

> "Las leyes para abrogar [*repeal*] leyes, y para descargar de deberes existentes [...] En la medida en que descargan de deberes impuestos por leyes existentes, *no son órdenes, sino revocaciones de órdenes* [*not commands, but revocations of commands*]. Autorizan o permiten a las partes, a quienes se extiende la abrogación, hacer o dejar de hacer los actos cuya realización o abstención habría sido ordenada. Y consideradas en relación a esto, en relación a su propósito inmediato o directo, son a menudo denominadas *leyes permisivas*, o bien, más breve y apropiadamente, *permisos* [*permissions*]"[274]. (cursivas en el texto).

Sin embargo, Austin considera que las leyes de este tipo son, bajo ciertas condiciones, *imperativos disimulados* (además, § 10), adhiriendo así a una concepción *reduccionista* acerca de la naturaleza de las normas permisivas (sobre este punto, en relación con la teoría benthamiana, cfr. *supra*, cap. I, §§ 14, 17; para la teoría kelseniana, cfr. cap. V, § 5.8):

> "De forma remota e indirectamente (...) las leyes permisivas *son siempre o casi siempre imperativas*. Puesto que las partes descargadas de [ciertos] deberes se les restituyen derechos o libertades: y los deberes que responden a estos derechos resultan, por lo tanto, creados y revividos"[275]. (Cursivas agregadas).

---

[274] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, pp. 98-99.

[275] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 99; cfr., además, Lecture XII, p. 355.

9.3. Leyes imperfectas

Las *leyes imperfectas*, finalmente, también denominadas "laws of imperfect obligation", son normas jurídicas sin sanción y, por tanto, "no vinculantes", siendo consideradas como simples "consejos" o "recomendaciones" que los superiores políticos dirigen a sus súbditos:

> "El ejemplo más sencillo y obvio [de ley imperfecta, ndr] es una ley que declare que determinados actos constituyen delito, pero que no añada ningún castigo a la comisión de actos de esta clase.
> Aunque el autor de una ley imperfecta se refiera a un deseo, no manifiesta ningún propósito de obligar [a alguien] a la satisfacción del deseo [ajeno]. Pero donde no hay un propósito de obligar al cumplimiento del deseo, la expresión del deseo no es una orden. En consecuencia, una ley imperfecta, como un consejo o una exhortación, no es propiamente una ley [o norma jurídica] dirigida por un superior a los inferiores"[276].

9.4. Más sobre las normas constitucionales

Retornando al problema del *estatus* de las normas constitucionales sobre la producción jurídica en la teoría austiniana, se puede señalar lo siguiente, a modo de conclusión.

(1) Las normas sobre la producción jurídica que, por ejemplo, el soberano actual pone como *límites* a sí mismo o al soberano futuro son configurables, a lo sumo, como leyes imperfectas, recomendaciones cuya fuerza no puede más que reposar, de ser el caso, sobre la moral positiva. Si, por otra parte, como Austin sugiere, las leyes imperfectas son las recomendaciones o los consejos, que un *superior político* dirige a sus *inferiores*, las normas sobre la producción jurídica dirigidas por el soberano a sí mismo o a sus sucesores no son, estrictamente hablando, *ni siquiera* leyes imperfectas.

(2) Las normas que atribuyen o reservan una competencia normativa a un componente del cuerpo soberano pueden, por el contrario, ser verdaderas y propias normas jurídicas: bajo la condición de que a tales normas les correspondan normas que imponen a terceros la obligación (sancionada) de no interferir con el ejercicio de tal potestad.

---

[276] AUSTIN, J., *Lectures*, Lecture I, p. 99.

(3) Las normas sobre la producción jurídica dirigidas a componentes singulares del cuerpo soberano, si no son sancionadas, son igualmente leyes imperfectas: meras recomendaciones de seguir un cierto procedimiento al producir leyes imperativas, de no producir leyes imperativas con ciertos contenidos, de no usurpar la competencia normativa reservada a otros componentes del cuerpo soberano, de no delegar la propia competencia normativa reservada, etc. Sin embargo, como se ha visto, ello no excluye que la violación de las normas sobre la producción jurídica tenga el efecto de condenar a la ineficacia las normas ilícitamente producidas, en virtud de normas sancionadoras dirigidas a los órganos de la aplicación y de la ejecución.

En la teoría austiniana, por el contrario, la obligación de obedecer a las reglas jurídicas (lícitamente) producidas por los órganos competentes no "deriva" de las normas que atribuyen competencias normativas —como es sostenido, en cambio, por algunos teóricos contemporáneos de las normas de competencia (ente ellos Alf Ross)—. En la teoría de Austin, en efecto, una obligación semejante solo puede configurarse en dos circunstancias:

(a) en caso de que las normas singulares producidas prevean una sanción con cualquier margen de probabilidad de ser efectivamente impuesta en el caso de su inobservancia, o bien,

(b) en caso de que valga una norma sancionadora que prevea, de forma general, una sanción que será probablemente impuesta ante la falta de observancia de las normas producidas por una determinada autoridad.

10. IMPERATIVOS DISIMULADOS

En la tipología austiniana de las reglas jurídicas hay, finalmente, tres especies de leyes imperativas disimuladas, en concreto:

1. las leyes que atribuyen derechos subjetivos;
2. las normas consuetudinarias;
3. las normas jurisprudenciales.

Las *leyes que atribuyen derechos subjetivos* —si se trata de *verdaderos* derechos, y no simplemente de derechos "de papel"— son normas aparentemente permisivas que, sin embargo, consisten *indirectamente* en normas imperativas, que imponen los deberes correlativos de los derechos mismos.

Las *normas consuetudinarias*, más allá de su origen espontáneo y evolucionista en el comportamiento de los ciudadanos, adquieren el *estatus* de reglas jurídicas imperativas solo a través de su *uso judicial*. Con ello, Austin quería refutar la teoría tradicional de la costumbre, según la cual:

a) Las costumbres serían *normas jurídicas*, y no simplemente de la moral positiva, aún *antes* del uso judicial e *independientemente* de ello;
b) El uso judicial tendría carácter puramente *declarativo* y no (diríamos hoy) *constitutivo*, de la juridicidad de las costumbres utilizadas.

Finalmente, las *normas jurisprudenciales* —las *rationes decidendi* de las sentencias sobre casos no regulados directamente por el soberano mediante legislación, que los mismos jueces dotan de sanciones— lejos de ser la repetición de normas preexistentes, válidas desde tiempos inmemoriales, como querría la denominada teoría declarativa del *common law*, son, por el contrario, leyes imperativas producidas por los jueces y autorizadas por la tácita voluntad del proprio soberano[277].

11. LA HERENCIA DE AUSTIN

Como señalaba en el inicio (*supra*, § 2), Austin es comúnmente considerado el inventor de la *general* o *analytical jurisprudence* —e históricamente lo fue, dada la suerte que tuvo el manuscrito benthamiano de *Of Laws in General* (cfr. cap. I, § 8)—.

Sin embargo, su invención permaneció olvidada por casi cuarenta años. Fue salvada del olvido gracias a la devoción de su esposa Sarah Taylor y de algunos discípulos quienes, pocos años después de la muerte de Austin, emprendieron la publicación de sus *Lectures on Jurisprudence*, encargándose de las sucesivas ediciones publicadas entre 1861 y 1885. Los tiempos, además, habían madurado para la inclusión de la "jurisprudencia general" entre las materias de enseñanza en las universidades inglesas, incluso, paradójicamente, en virtud de la aprobación manifestada hacia la obra de Austin por Henry Sumner Maine (1822-1888), autor del célebre *Ancient Law* y exponente principal de la denominada *historical jurisprudence*[278].

---

[277] AUSTIN, J., *Lectures*, pp. 100 ss.; 199 ss.; 528 ss.

[278] MAINE, H.S., *Ancient Law. Its connections with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas.*

Las *Lectures* austinianas devinieron en el arquetipo de una vasta progenie de manuales de *Jurisprudence*, que repitieron el planteamiento y los temas analíticos. Entre los austinianos operantes entre el final del siglo XIX y el inicio del XX se pueden mencionar, por ejemplo, a Sheldon Amos, John Salmond y Thomas E. Holland[279]. Los dos últimos, autores de manuales destinados a numerosas ediciones en el curso del siglo XX.

Bajo los cielos de Inglaterra y del vasto *Commonwealth*, la filosofía del derecho positivo conservó la impronta austiniana hasta la mitad del siglo pasado, acunándose en una costumbre de formas y de contenidos, acompañada de la sustancial marginación académica y cultural de la disciplina. Fue entonces que, en el mundo académico inglés, se produjo un evento extraordinario, destinado a interrumpir el lento fluir de la *jurisprudence* austiniana. El evento extraordinario presenta connotaciones precisas: se trata de la designación de Herbert Lionel Adolphus Hart, en 1952, para suceder a Arthur Goodhart en la cátedra de profesor de *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford. Un episodio central para la utopía de la razón analítica, del cual trataré ampliamente en el segundo volumen[280].

---

279 Cfr. HART, H.L.A., *Introduction*; AGNELLI, A., *John Austin*, Caps. I y V, y nota biográfica; MORISON, W.L., *John Austin*, Cap. 5; FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e novecento*, pp. 34-37; BARBERIS, M., *Breve storia della filosofia del diritto*, pp. 80 ss.

280 Sobre este acontecimiento, cfr. LACEY, N., A Life of H.L.A. Hart. *The Nightmare and the Noble Dream.* Además, el vívido recuerdo de RICCIARDI, M., *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford.*

Capítulo III: Imperativismos del siglo XIX: Savigny, Ihering, Thon y la *Allgemeine Rechtslehre*

"La coacción ejercida por el Estado
constituye el criterio absoluto del derecho;
una regla del derecho sin coacción es un contrasentido;
es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra"

Rudolf von Ihering

Sumario: *1. El modelo alemán de filosofía del derecho positivo.– 2. La filosofía del derecho positivo de Friedrich Carl von Savigny.– 2.1. Naturaleza del derecho.– 2.2. Fuentes del derecho.– 2.3. La filosofía de Savigny. Notas al margen.– 3. Meditaciones metajurisprudenciales: Adolf Merkel y el estatuto de la Allgemeine Rechtslehre – 4. Thon vs. Ihering, o del imperativismo sin coacción.– 5. Carácter social del derecho.– 6. Del derecho estatal en particular.– 7. Normatividad del derecho.– 7.1. El Dilema de Thon.– 8. Imperatividad del derecho.– 8.1. Imperativos y discurso de las fuentes.– 8.2. Variedad de imperativos.– 8.2.1. Normas desnudas y normas dotadas de consecuencias jurídicas.– 8.2.2. Imperativos independientes y no independientes.– 8.3. Imperativos y otras normas jurídicas.– 9. Imperativismo y realidad del derecho.*

1. EL MODELO ALEMÁN DE FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO

El modelo alemán de filosofía del derecho positivo se caracteriza —sobre el plano *metafilosófico* y, señaladamente, en cuanto al método de la reflexión sobre lo jurídico— por una combinación de *historicismo y naturalismo*.

El *historicismo* influye sobre la perspectiva de los filósofos del derecho alemanes, sugiriéndoles asumir como verdad irrefutable en relación con el objeto de sus investigaciones, la simple —y, a la luz de la experiencia, banal—

idea de la *historicidad del derecho*[281]. Esta idea que identifica lo que podría denominarse *historicismo ontológico* (el derecho es un fenómeno *histórico*) se acompaña, a menudo, del *historicismo epistemológico* (la investigación sobre el derecho debe ser, por lo tanto, una indagación historiográfica, genealógica, que tome en cuenta la historicidad del fenómeno investigado). Por otra parte, el historicismo ontológico y epistemológico se pueden también acompañar —y, como veremos, se acompañan en el caso de algunas figuras eminentes de la filosofía jurídica alemana del siglo XIX— con posiciones de *historicismo ideológico* (la historicidad del derecho es algo moralmente valioso que merece respeto en el plano de la acción humana), en clave *antilegalista* y *antiiusnaturalista*. Ello, según una línea de razonamiento con el siguiente tenor: el derecho es un fenómeno histórico, social, popular, estatal, espejo de sentimientos y circunstancias mutables; por tanto, él mismo es mutable, vital, orgánico, dotado de una riqueza, peculiaridad y movilidad de contenidos que se resisten a ser encerrados en las páginas cristalizadas del derecho legislativo, apreciado por el racionalismo ilustrado (*antilegalismo*); tiene, además, un valor intrínseco que debe ser afirmado contra la pretendida superioridad axiológica de un imaginario derecho natural abstracto, universal y eterno (*antiiusnaturalismo*).

El *naturalismo* influye sobre la determinación de los criterios de cientificidad de las investigaciones jurídicas. El científico natural procede por ascenso teórico, pasando de la observación, registro y descripción de datos de la experiencia a la elaboración de aparatos conceptuales, tipologías, leyes causales, etc., que aquellos datos de experiencia capturan, explican, desarrollan. El científico del derecho —sea que atienda al contenido de un sistema positivo particular o bien a las formas y a la estructuras del derecho en general— debe proceder, en lo posible, de modo análogo, rechazando las falsas filosofías apriorísticas, metafísicas, abstrusas, bien representadas por Georg W.F. Hegel (1770-1831) y sus seguidores, y actuando, por el

281 "Con el nombre de historicismo —escribe SOLARI, G., *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, p. 8— se quiere indicar, sobre todo, la revolución metodológica llevada a cabo en las ciencias morales de principio del siglo XIX, por la cual estas ciencias, abandonado el método dogmático-cartesiano, buscaron su fundamento, antes que en postulados racionales, en la realidad histórica críticamente verificada".

contrario, según la imaginativa expresión de Rudolf von Ihering (1818-1892), de "naturalista filosofante"[282].

Sobre el plano *filosófico-teórico* (de la teoría del derecho positivo y de la ciencia jurídica), el modelo alemán se caracteriza por la adhesión al imperativismo, a la idea de la sistematicidad del derecho, al cognoscitivismo interpretativo, a la idea de la genuina cientificidad de la *scientia iuris* y a la tesis de la moralidad contingente del derecho, por mencionar las principales. Sin embargo, también media entre los diversos autores diferencias notables en el modo de entenderlas.

El modelo alemán es —y no podría sino ser— una abstracción. En este capítulo, me propongo identificar, y esclarecer a partir de ciertos rasgos, algunos de los hilos que componen su trama, yendo al detalle de las posiciones atribuibles a determinados filósofos del derecho: Savigny, Ihering (tratado, en realidad, de pasada), Merkel y Thon.

A diferencia de Bentham, de Austin y de sus seguidores del siglo XX, los iusfilósofos alemanes no fueron —al menos, no consciente y programáticamente— utopistas de la razón analítica. Sin embargo, sus ideas y sus modos de proceder maduros y evolucionados constituyen de por sí una fuente de enseñanza imprescindible para quien quiera entender el rol de jurista, aquí y ahora, como algo distinto del indolente undívago, servidor sin principios de intereses momentáneos, fascinado por las modas e incitado, no raramente, por el aguijón de una ambición pecuniaria. Sus ideas constituyen, además, el originario trasfondo filosófico del cual partió una de las más poderosas e influyentes filosofías del derecho positivo del siglo XX: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen (como veremos en el cap. V). Así, hay por lo menos dos buenas razones para ocuparnos de ellos, aunque sea de un modo muy sumario.

---

282 Rudolf von Ihering, en el "Prefacio del Autor" a la primera edición de *Der Zweck im Recht* (*El fin en el derecho*), escrito en 1877, recuerda "Los límites dentro de los cuales la filosofía se encontraba encerrada en tiempos de Hegel; el bando decretado en contra de quien, sin haber pasado por aquella escuela, osaba pronunciar palabras sobre cuestiones filosóficas; el soberano desprecio con el cual el filósofo de la escuela hegeliana miraba al hombre de la ciencia positiva" para concluir que todo esto "afortunadamente [ha] cedido el paso a otro orden de ideas. Y, ciertamente, no en perjuicio de la filosofía" (VON JHERING, R., *Der Zweck im Recht*, citado por la traducción italiana, *Lo scopo nel diritto*, p. 7).

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO DE FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

Bajo la égida de precursores notables (Gustav Hugo, Justus Möser[283]), la Escuela histórica del derecho surge en Alemania en la segunda década del siglo XIX, en abierta oposición a los principios constitutivos de la Ilustración jurídica: (a) el individualismo ontológico (solo los individuos existen; los cuerpos sociales no son sino conjuntos de individuos), (b) el individualismo metodológico (solo los individuos actúan; las acciones sociales no son sino combinaciones de acciones individuales), (c) el individualismo deontológico (solo los individuos tienen valor; los cuerpos sociales valen si, y en cuanto, tutelan a los individuos), (d) la idea de la relevancia preeminente de la razón en el campo del derecho, (e) la idea del derecho natural universal y eterno, y de los derechos naturales del hombre, (f) la idea de la artificialidad del derecho, (g) la confianza en los destinos magníficos y progresivos de la ingeniería constitucional, (h) el primado del derecho escrito, legislado y codificado, sobre las costumbres, la jurisprudencia y la autoridad de los juristas.

El principal fundador y más prestigioso exponente de la Escuela histórica fue Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), de familia protestante originaria de la Lorena, emigrada a Alemania en 1630. Savigny estudió

283 VON SAVIGNY, F.C., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, tr. esp., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, §2. Sobre Savigny, cfr., por ejemplo, VON JHERING, R., *Friedrich Karl von Savigny*, en: "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", V, 1861, pp. 354-377; MARINI, G., *Friedrich Carl von Savigny*. Sobre la Escuela histórica, cfr., por ejemplo, MARX, K., *Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*; SOLARI, G., *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, cit.; WILHELM, W., *Zur juristischen Methodenlehre in 19. Jahrhundert*, cap. I; LOSANO, M.G., *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*; TARELLO, G., *Sulla Scuola storica del diritto*, en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*; BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 43 ss, identifica cinco rasgos distintivos de la Escuela histórica: (*i*) hombres de carne y hueso en específicos contextos históricos, antes que el "hombre" idealizado y abstracto de la Ilustración y de las doctrinas iusnaturalistas; (*ii*) impulsos y actitudes irracionales como factores reales y motores de todo desarrollo histórico; (*iii*) pesimismo antropológico; (*iv*) aprecio y amor por el pasado; (*v*) una actitud respetuosa y conservadora hacia la tradición jurídica.

derecho en Marburgo (1795, 1798-1799) —donde, a través de su maestro Philipp Weiss, conoció la obra de Gustav Hugo (1764-1844), quien, como se recordará, fue también uno de los autores alemanes de John Austin (cap. II, § 2)— ,Gotinga (1796-1797), Weimar (1800), París (1804-1805), Jena, Dresde, Mónaco de Baviera y Viena. Ostentó vínculos de amistad con eminentes personalidades del romanticismo alemán, entre ellos Wolfgang Goethe, Clemens Brentano —con cuya hermana se casó en 1804—, los hermanos Jakob y Wilhelm Grimm, Joachim von Arnim y Joseph Görres[284]. Enseñó en la Universidad de Marburgo (1802-1803), en la Universidad bávara de Landshut (1808-1810) y, finalmente, en la Universidad de Berlín (1810-1842), donde fue llamado por Wilhelm von Humboldt en el año mismo de su fundación. En 1842 dejó la enseñanza para asumir el encargo de ministro para la legislación del Reino de Prusia (1842-1848), por solicitud del rey Federico Guillermo IV, de quien había sido preceptor.

Entre las obras más importantes de Savigny es necesario mencionar, al menos:

(1) *Vom Beruf unsrer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho), de 1814, escrita como réplica al ensayo de Antón Justus Frederic Thibaut (1772-1840) *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (De la necesidad de un código civil general para la Alemania), en el ámbito de la célebre polémica sobre la codificación del derecho para los estados alemanes;

(2) *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (Historia del derecho romano en la Edad Media) que empezó a trabajar en 1804 y publicó, en seis volúmenes, entre 1815 y 1831, en los que ofrece una reconstrucción de los acontecimientos del derecho romano y de la cultura romanista, desde la alta Edad Media hasta el siglo XVI, provista de la transcripción de amplios pasajes de la literatura examinada:

[284] Cfr. VON JHERING, R., *Friedrich Karl von Savigny*, pp. 49-70; DE MARINI AVONZO, F., *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*, pp. 7-37; TARELLO, G., *Sulla Scuola storica del diritto*, en: Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 104-107.

(3) *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema del derecho romano actual), en ocho volúmenes, publicados entre 1840 y 1849, que constituye su obra más famosa.

El último escrito de Savigny —*Das Recht von Obligationen* (El derecho de las obligaciones)— aparece en los años 1851-1853. Por estos años Rudolf von Ihering establece su muerte virtual, en cuanto estudioso influyente en la cultura jurídica alemana[285].

En el editorial *Über den Zweck dieser Zeitschrift* (Sobre la finalidad de esta Revista) que encabeza el primer número de la "*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*" (Revista para una Ciencia histórica del derecho), órgano de la Escuela fundado en 1815 con Karl F. Eichhorn (1781-1854) y J.-F. Göschen (1778-1837), Savigny distingue dos puntos de vista filosóficos antagonistas: el punto de vista "a-histórico" y el punto de vista "histórico", a los que se corresponderían otras tantas "escuelas" de juristas alemanes.

El *punto de vista ahistórico*, entendido como visión general sobre los hombres y sus instituciones políticas, se caracteriza —podríamos decir— por una doble *tesis de la separación*.

Separación del presente del pasado: la edad presente está "separada", es "autónoma", respecto del pasado. Con esto se quiere sostener que cada época debe ser considerada como plenamente capaz de "crear por sí misma, según su propia libertad y discreción, su propia existencia y su propio mundo, sea éste bueno y feliz o bien malo e infeliz", conforme a la "medida de su inteligencia y de su fuerza". El "egoísmo histórico" de cada época llevaría consigo —según Savigny— una visión empobrecida de la historia a la cual se observa simplemente como una compilación de "ejemplos políticos-morales" que pueden, según el caso, ser útiles para crear el mundo de hoy.

Separación de los individuos de los cuerpos sociales: los individuos deben ser considerados como "separados del todo", como sujetos que son —y deben ser vueltos— autónomos respecto del Estado.

Una vez aplicados al derecho, estos modos de pensar *individualistas* sugieren que la "materia" (el contenido, la sustancia) del derecho es, para cada época, el producto de la voluntad de sujetos dotados de poder legislativo; es decir, que es completamente independiente del derecho de las épocas

285 Cfr. VON JHERING, R., *Friedrich Karl von Savigny*, pp. 49-50.

pasadas, pues depende exclusivamente de la "convicción" que se presente a los legisladores como "la mejor para el tiempo".

Por el contrario, el *punto de vista histórico*, entendido como una visión general sobre los hombres y sus instituciones políticas, se caracteriza de modo especular por una doble *tesis de la conexión*.

Conexión entre presente y pasado: cada época, lejos de estar separada de las épocas pasadas, está y debe ser considerada como íntimamente ligada a ellas, así como un eslabón está ligado a los otros eslabones de la misma cadena: "cada era de un pueblo —afirma Savigny— es la consecuencia y el desarrollo de todas sus eras pasadas".

Conexión entre individuos y cuerpos sociales: "no hay existencia humana que sea completamente autónoma y aislada; por el contrario, lo que puede parecer autónomo es un eslabón de un todo más elevado apenas se le aprecia desde otra perspectiva"; en consecuencia, "cada hombre individual", lejos de ser un agente moral separado, "debe ser pensado como el miembro de una familia, de un pueblo, de un estado".

Una vez aplicados al derecho, estos modos de pensar *holísticos* sugieren que el contenido (la sustancia, la materia) del derecho, para cada época, es el producto de todo el pasado de una nación; no es, ni puede ser, simplemente el fruto de actos arbitrarios de creación por parte de un cuerpo de legisladores transitorios; es, más bien, el resultado de la "íntima esencia de la nación misma y de su historia". En consecuencia, en lugar de tener falsos pensamientos de omnipotencia legislativa, "la reflexión de cada época histórica" —por parte de los legisladores, de los jueces y de los juristas— "debería estar dirigida al estudio, a la renovación y al mantenimiento en vida de aquella materia que existe en virtud de una íntima necesidad"[286].

Partiendo de las ideas que connotan el punto de vista histórico, en el primer volumen del *Sistema del derecho romano actual* Savigny elabora una teoría acerca de la naturaleza del derecho, las fuentes del derecho y la interpretación jurídica destinada a ejercer una influencia profunda y dura-

[286] Todas las citas en el texto son extraídas de VON SAVIGNY, F.C., *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, pp. 75 ss.; cfr., también, Id., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, §§ 1-2; Id., *Einleitung zu den Pandekten*, 1813/1814, en: MAZZACANE, A. (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, pp. 263-264.

dera sobre la cultura jurídica del siglo XIX, en Alemania y otros países[287]. La teoría de la naturaleza y de las fuentes del derecho positivo representa el trasfondo que permite comprender plenamente la teoría de la interpretación. De esta última trataré en el capítulo siguiente, dedicado al cognitivismo interpretativo. En este, en cambio, daré cuenta de las primeras dos partes de la filosofía del derecho positivo de Savigny.

2.1. Naturaleza del derecho

De un modo muy esquemático, las principales ideas de Savigny acerca de la naturaleza del derecho son las siguientes:

1. *"Derecho"*. La palabra "derecho" (*"Recht"*) tiene dos significados principales. En el primer significado, designa un *poder individual* o *derecho en sentido subjetivo*. En el segundo, por el contrario, designa el derecho "en sentido objetivo" o "derecho general", que consiste en el conjunto de instituciones, relaciones, normas (o "reglas"), leyes, costumbres, sentencias, etc., de los que "derivan" los derechos en sentido subjetivo, en los modos que veremos en breve. Por lo tanto, Savigny considera que los derechos subjetivos, lejos de existir *antes*, e *independientemente*, de un derecho objetivo cualquiera, son variables que dependen de él. Se trata de un extendido modo de pensar en la teoría decimonónica que, como veremos, se encuentra también en Ihering, Merkel y Thon, y es, además, una de las tesis centrales del iuspositivismo teórico contemporáneo (en Kelsen, asume la forma del rechazo del "dualismo" entre derecho subjetivo y derecho objetivo).

Además, Savigny considera que no todo los componentes del derecho objetivo son del mismo tipo ni tienen la misma importancia; en efecto, como veremos ahora, pertenecen a niveles diferentes de la realidad jurídica.

2. *Componentes del derecho objetivo*. ¿Qué relaciones median entre las sentencias y los derechos subjetivos de cada individuo? ¿Qué relaciones median, además, entre las leyes, de un lado, y las normas y las instituciones jurídicas, del otro?

En lo parágrafos introductorios del primer volumen del *Sistema del derecho romano actual*, Savigny polemiza contra dos opiniones, comunes en

[287] VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*. Berlín: Veit & Co., vol. I, 1840.

la cultura jurídica decimonónica, que considera erróneas y engañosas. Al hacerlo, destaca algunos aspectos centrales de su concepción del derecho.

La primera opinión consiste en considerar que, más allá de las apariencias, un individuo es titular de un derecho subjetivo si, y solo si, tal derecho le haya sido *reconocido* por un juez en una sentencia.

Sin embargo, sostiene Savigny, esta opinión es errónea porque la sentencia no tiene valor (diríamos hoy) *constitutivo*, sino simplemente (diríamos hoy) *declarativo* de *algo* preexistente:

> "El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión; pero un examen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface solo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relación de derecho*, de la cual cada derecho [subjetivo, ndr] no es más que una faz particular, destacada haciendo abstracción del todo: así, un juicio sobre un derecho individual no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entendimiento completo de la relación de derecho"[288].

La segunda opinión consiste en considerar que las leyes son las únicas y verdaderas fuentes de las normas y de las instituciones jurídicas; en otros términos, que son condiciones necesarias de la existencia de las instituciones jurídicas sobre los que versan, y de las normas formuladas en ellas.

Sin embargo, según Savigny, también esta última opinión es errónea. En efecto, al igual que las sentencias, tampoco las leyes —aunque con la precisión que veremos en breve (§ 2.2)— tienen valor constitutivo sino declarativo. En particular, el contenido de las leyes sería el resultado del conocimiento "intuitivo", por parte del legislador, de instituciones jurídicas preexistentes, a cuyas normas las leyes mismas proveerían una formulación autoritativa:

> "La regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las *instituciones* [...] así, pues, cuando no se quiere limitarse a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por

[288] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 4.

una regla general de derecho. Y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí su vida y su verdad"[289].

En la perspectiva de Savigny, el derecho objetivo es pues, como señalaba, una realidad compuesta, constituida por una pluralidad de elementos situados sobre diversos niveles de la realidad jurídica.

En el nivel más profundo, el de los fundamentos, están las *instituciones jurídicas* y las *normas* o *reglas jurídicas* que derivan de ellos "por abstracción". Se trata de los componentes más importantes de un derecho objetivo, del cual constituyen la verdadera "materia".

En un nivel menos profundo, pero próximo a las instituciones y a las normas que derivan de ellos, están las *relaciones jurídicas*. Las relaciones jurídicas se sitúan en un nivel menos profundo ya que deben su existencia a la combinación de dos factores: por un lado, la existencia de normas jurídicas y de sus correspondientes instituciones; por el otro, un "hecho" cualquiera, que consiste habitualmente en comportamientos humanos. Así, por ejemplo, la existencia de un contrato de venta entre *A* y *B* depende, sea de la existencia de normas sobre la venta y de la institución de la venta, sea del hecho de la estipulación de un contrato entre *A* y *B* (*A* ha hecho una oferta a *B*, quien la ha aceptado)[290].

En un nivel aún menos profundo, están las *costumbres* y, casi en la superficie, la *legislación*, que es una forma comúnmente utilizada por las autoridades políticas para dar expresión a las normas jurídicas de las distintas instituciones.

En un nivel más superficial están, finalmente, las *sentencias*, que son componentes del derecho objetivo carentes en sí mismos de valor, copiando su "vida y verdad" —su "razón viva y verdadera"— de la realidad jurídica más profunda de las relaciones y de las instituciones jurídicas.

3. *La naturaleza orgánica del derecho objetivo.* ¿Por qué razón las costumbres, leyes y las sentencias se situarían sobre los niveles más superficiales y exteriores del derecho? ¿Por qué razón, en cambio, la realidad profunda

---

289 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 5.

290 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 5; una relación jurídica es "una relación entre personas, determinada por una regla jurídica", y constituye un elemento que "nos es dado por los eventos de la vida práctica; por consiguiente, se nos presenta inmediatamente en su conjunto concreto y en su complicación".

del derecho estaría constituida por las instituciones jurídicas, por las normas que se derivan de ellos por abstracción, y por las relaciones jurídicas?

Al respecto, la respuesta de Savigny parece ser la siguiente: la característica esencial del derecho consiste en su *organicidad*: de los diversos componentes antes identificados (instituciones, reglas, relaciones, costumbres, leyes, sentencias), solo las instituciones con las normas que derivan de ellos, e indirectamente las relaciones jurídicas, tienen una "naturaleza orgánica". ¿En qué consiste, sin embargo, esta pretendida *organicidad* del derecho?

Aparentemente, cuando Savigny alude a la *naturaleza orgánica* del derecho, se estaría refiriendo a no menos de cuatro características principales.

En primer lugar, el derecho tiene *naturaleza orgánica* en el sentido de que es (como) un "organismo". Esto implica que el derecho, como cualquier otro organismo, es un todo vital, en continua evolución y cambio. Esto implica, además, y por el contrario, que el derecho no es materia inerte; en particular, que no es reducible a un conjunto cualquiera de materiales jurídicos, dados de una vez por todas, como, por ejemplo, uno o varios códigos.

En segundo lugar, el derecho tiene *naturaleza orgánica* en el sentido de que es el resultado de procesos de producción espontáneos, y no ya de las arbitrariedades deliberadas de los legisladores.

En tercer lugar, el derecho tiene *naturaleza orgánica* en el sentido de que se trata de una entidad natural, que refleja la naturaleza de las cosas. Pero no la naturaleza de las cosas abstracta y universal, apreciada por los iusnaturalistas ilustrados —inclinados, por ejemplo, a creer en una "naturaleza del Hombre", constante y ubicua—, sino una naturaleza de las cosas más concreta y terrena, no universal sino particular, constituida por la naturaleza de cada uno de los pueblos. En esta perspectiva, por lo tanto, no existe (alg)*un* derecho natural, sino tantos derechos positivos como tantas son las naciones.

> "La escuela histórica —escribe Savigny, en el mencionado editorial de la "*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*"[291]— admite que la materia del derecho este dada por todo el pasado de la nación; pero no de una

[291] VON SAVIGNY, F.C., *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, en: DE MARINI AVONZO, F., *Diritto Romano*, p. 78.

> manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser esta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia [...] La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico".

En cuarto lugar, finalmente, el derecho tiene *naturaleza orgánica* en el sentido de que entre las diversas partes de cada relación jurídica, entre las diversas partes de cada institución jurídica (normas y conceptos), y entre las distintas instituciones jurídicas, median "relaciones íntimas" las cuales, en el caso de los instituciones, hacen del derecho objetivo —de cada derecho objetivo de cada pueblo— un "sistema", es decir, un todo caracterizado por una "unidad orgánica":

> "la relación jurídica tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta [...] en el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente [...] todas las instituciones del derecho forman un vasto sistema, y solo en la armonía de este sistema, donde se reproduce su naturaleza orgánica, pueden ser completamente entendidas"[292].

2.2. Fuentes del derecho

Las ideas de Savigny en relación con las "fuentes del derecho" se conectan directamente a la idea del derecho como entidad orgánica. Veámoslo muy brevemente.

Ante que nada, las "fuentes del derecho" son, para Savigny:

> "las bases del derecho general, donde se originan las instituciones jurídicas, así como cada regla derivada de éstas mediante abstracción"[293].

¿Cuáles son, sin embargo, las "bases" de las instituciones jurídicas? Aparentemente, Savigny identifica cuatro:

1. El pueblo (*Volk*);
2. La costumbre (*Gewohnheit*);

---

[292] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, §§ 4 y 5.

[293] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 6.

3. La legislación (*Gesetzgebung*);
4. La ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*).

Sin embargo, como Savigny ha tenido cuidado de precisar, estas fuentes no están sobre el mismo plano ni cumplen el mismo rol; en otras palabras, no son "bases" del derecho en el mismo sentido del término.

En efecto, Savigny distingue, entre "fuentes de producción" —entendiendo con ello el órgano o ente que produce derecho— y "fuentes de conocimiento" —entendiendo con ello los documentos a través de los cuales se conoce el derecho—. En el ámbito de las fuentes de producción, distingue luego entre fuentes de producción "principales" y fuentes de producción "supletorias".

Ahora bien, para Savigny, solo el pueblo es fuente de producción *principal* del derecho. La costumbre, la legislación y la ciencia jurídica, por el contrario, son fuentes *complementarias y supletorias*. Los resultados de su realización (las costumbres-producto, las leyes, las obras doctrinales) constituyen, además, las *fuentes de conocimiento* del derecho. Todo ello conforme a las siguientes precisiones:

1. *Pueblo*. La verdadera, primaria y fundamental fuente del derecho objetivo es el pueblo; todo el derecho es creado, directa o indirectamente, por el pueblo y por medio del pueblo[294]. No hay derecho sin un pueblo del cual sea derecho; no hay pueblo sin un derecho (suyo).

"Pueblo", sin embargo, es un término equívoco en el léxico de los juristas y de los filósofos. De él, Savigny enumera cuatro acepciones distintas.

En una primera acepción, "pueblo" designa el conjunto de los individuos establecidos de un modo permanente sobre un territorio.

En una segunda acepción, "pueblo" designa el conjunto de los destinatarios de las normas jurídicas producidas por los gobernantes de un estado.

En una tercera acepción, "pueblo" designa el órgano jurídico que detenta el poder legislativo supremo en una organización iuspolítica —piensa, por ejemplo, en el *populus romanus* en la edad republicana—.

En una cuarta, y, para este inventario, última acepción, "pueblo" designa la comunidad espiritual, connotada por determinados modos de pensar y de obrar, cimentada por una lengua, por una historia y por tradiciones

294 Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System*, § 7.

peculiares, que trasciende a cada uno de los individuos y a cada una de las generaciones, y se manifiesta en un "cuerpo" político que es el estado.

Como es obvio, para Savigny, el pueblo en cuanto "fuente de producción principal" del derecho, es el pueblo "comunidad espiritual":

> "En donde quiera que veamos hombres reunidos, y apelo al testimonio de la historia más remota, siempre encontramos una comunidad de relaciones intelectuales, como lo comprueba el uso de una lengua común que sirve para fijar y desenvolver dichas relaciones. En este conjunto real, es donde tiene su origen el derecho [...] Hasta aquí he considerado al pueblo como un ser invisible, sin límites determinados; pero jamás se le encuentra en tal estado de abstracción. La necesidad de traducir en caracteres visibles y orgánicos su unidad invisible, existe constantemente en todos los pueblos. Esta forma concreta de la comunidad espiritual de un pueblo es el *Estado*, con lo cual se fijan rigurosamente los límites de aquella unidad"[295].

2. *Costumbres*. Según un tradicional enfoque, las costumbres consisten en comportamientos que, en virtud de su ininterrumpida reiteración, por un largo periodo de tiempo, por parte de una generalidad de individuos (*usus*) que los perciben como "debidos" (*opinio iuris ac necessitatis*), producen reglas jurídicas.

Este modo de ver, sostiene Savigny, debe considerarse erróneo ya que invierte los términos de la cuestión[296]. Viéndolo bien, en efecto, puesto que el derecho tiene naturaleza orgánica y emana del pueblo —de la "común conciencia del pueblo", o bien del "espíritu del pueblo", según la feliz expresión de Georg Friedrich Puchta (1798-1846)—, habitualmente las costumbres no son *constitutivas* de instituciones jurídicas y de las reglas que se derivan de ellas sino *pruebas* o *indicios* de la *preexistencia* de instituciones y normas jurídicas. En otros términos, son *documentos*, o bien, *fuentes de conocimiento* de un derecho popular preexistente.

Sin embargo, Savigny no excluye que, bajo ciertas condiciones, las costumbres puedan también ser *fuentes de producción* del derecho. Esto se verifica, en particular, cuando complementan la regulación producida por la conciencia jurídica popular en relación a cuestiones indiferentes o de

---

295 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, §§ 8 y 9.

296 Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System*, § 12.

detalle, dejadas sin regulación. Así, por ejemplo, en un derecho en el cual la costumbre sea la principal fuente "formal", puede ocurrir que la costumbre misma integre las instituciones tal como son producidas por la conciencia jurídica del pueblo: por ejemplo, la institución de la prescripción, estableciendo arbitrariamente un término que en hipótesis no se encuentre en aquél.

3. *Legislación.* Contrariamente a modos de pensar extendidos, también la legislación, al igual que la costumbre, es esencialmente una fuente "formal" del derecho, que *da forma* al derecho, proveyendo una formulación lingüística a las reglas de instituciones preexistentes en la conciencia jurídica popular.

> "El derecho positivo, expresado en caracteres sensibles por medio de la lengua, y revestido de una autoridad absoluta, se llama *ley*, y su formación es uno de los más nobles derechos del poder supremo del Estado"[297].

Savigny asigna a las leyes una doble *función auxiliar* en relación con el derecho verdadero: de un lado, deben "demostrar" de modo incontestable la existencia de ciertas normas jurídicas (*función aseverativa*); del otro, deben dotar a tales normas de una tutela más eficaz, mediante sanciones contextualmente y exactamente precisadas (*función sancionatoria*).

La legislación es, además, *fuente de producción* del derecho, aunque en vía supletoria, en los siguientes casos:

(a) En las materias indiferentes;
(b) En el nivel de la regulación de detalle que no se deduce de las instituciones jurídicas;
(c) En los momentos en los cuales la conciencia jurídica popular evoluciona y emprende la modificación de instituciones preexistentes. En este último caso, el rol de la legislación es particularmente importante en cuanto, haciéndose intérprete del espíritu del pueblo, el legislador puede favorecer eficazmente el paso de las viejas a las nuevas instituciones, eliminando las incertidumbres fatalmente ligadas al proceso de evolución espontánea, haciendo de la ley el vehículo del "progreso jurídico".

En relación con la naturaleza de las normas ("reglas") expresadas mediante la legislación, Savigny considera que estas son, y no puedan sino ser,

---

297 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 13.

normas imperativas: en efecto, la tarea "natural" del legislador no consiste en persuadir, justificar, explicar o instruir, sino en ordenar y prohibir.

De esta tesis, puramente normativa o ideológica, acerca de la adecuada forma lógica de las normas legales, Savigny obtiene una consecuencia acorde con su posición antilegalista. Si las leyes son imperativas, y nada más que imperativas, difícilmente los enunciados legislativos podrán reproducir cada aspecto de las instituciones jurídicas subyacentes. Por el contrario, habrá siempre, y necesariamente, algunos aspectos de las instituciones que no podrán ser aferrados por el mandato legislativo, condenado así a una perenne aproximación por defecto respecto del derecho vigente:

> "Hay aquí una *desproporción* entre la ley y la institución jurídica, cuya *naturaleza orgánica no puede quedar íntegramente comprendida en aquella forma abstracta*"[298].

Dicho esto, Savigny dirige al legislador dos preceptos fundamentales.

En primer lugar, el legislador debe adquirir un perfecto conocimiento de las instituciones jurídicas; en palabras de Savigny, debe adquirir "la idea más completa de la institución jurídica orgánica" sobre la que pretenda legislar.

En segundo lugar, el legislador debe identificar las formulaciones más apropiadas de las normas jurídicas de cada institución, "deduciéndolas", mediante un "proceso artificial", de la "idea completa" de la propia institución[299].

4. *Ciencia jurídica.* Así como la legislación y la costumbre, también la ciencia jurídica es esencialmente una *fuente de conocimiento* del derecho.

Sin embargo, para Savigny, se trata de la fuente de conocimiento más importante. Dos factores conspiran para hacer de los juristas los mejores intérpretes del espíritu jurídico de un pueblo: de un lado, son parte integrante del pueblo; del otro, a diferencia de los demás ciudadanos, están dotados de una específica preparación técnica que los habilita para una mejor comprensión y formulación de las reglas de las instituciones jurídicas, en su devenir. La "conciencia jurídica de los juristas" es, por tanto, en cada

---

298 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 13.

299 Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System*, § 13.

época, la "continuación" y el "desarrollo" del derecho popular; este último, en el nivel de la regulación de detalle y en relación a su aplicación a los casos concretos, "vive en la conciencia de los juristas"[300].

Además de ser los principales intérpretes y quienes formulan el derecho popular "originario", del cual cuidan "el más especial perfeccionamiento" y "la aplicación en los [casos, ndr] particulares", los juristas desarrollan funciones de relevancia primaria también respecto de la legislación:

(a) Mediante la predisposición de proyectos de ley conformes a la naturaleza de las instituciones del derecho popular originario;
(b) Mediante la formación de los futuros legisladores, informándoles acerca de las funciones apropiadas del derecho legislativo y de los límites más allá de los cuales la legislación no puede, ni debe, llegar;
(c) Sometiendo las leyes a "elaboración científica" y desarrollando una obra, indispensable por los motivos antes señalados, de intermediación en la aplicación de las leyes a la "vida real".

2.3. La filosofía de Savigny. Notas al margen

Superado el extravío que, en un jurista contemporáneo, puede generar la esotérica terminología utilizada por Savigny, la "teoría" savignyana de las fuentes del derecho se revela como un discurso compuesto, en el que quizás puede encontrarse un componente teórico, posible de compartir, que sin embargo se diluye en una ideología del derecho —en una *Rechtsanschauung*— irracionalista y, para los tiempos, reaccionaria.

1. El componente teórico puede resumirse —en términos actuales— en la idea según la cual la *experiencia jurídica* no puede ser reducida a un conjunto de documentos jurídicos autoritativos (constituciones, leyes, sentencias) sin perder con ello de vista la dimensión social del derecho: el ser la reglamentación jurídica un fenómeno social, en el doble sentido de fenómeno *socialmente condicionado* y *socialmente condicionante* —o, para usar la metáfora del sociólogo del derecho americano Lawrence Friedman, la "caja negra" que, por un lado, recibe *inputs* sociales y, por el otro, emite *outputs* socialmente relevantes[301]. En la perspectiva de la sociología jurídica —una

[300] Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System*, § 14.

[301] Cfr. FRIEDMAN, L.M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, pp. 35 ss.

disciplina que en los tiempos de Savigny aún no existía—, la distinción entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento, la distinción en el ámbito de las primeras entre fuentes primarias y fuentes supletorias, y la idea de la organicidad de las instituciones y de las relaciones jurídicas —en contraposición al carácter estático de las leyes y de las sentencias— pueden ser leídas, a modo de interpretación caritativa o *in bonam partem*, como precursores de la distinción entre fuentes del derecho *en sentido sociológico* y fuentes del *derecho en sentido normativo*: entre los factores sociales que producen normas eventualmente acogidas por el ordenamiento jurídico, por un lado, y las autoridades, los actos, y los documentos nomotéticos, regulados por normas ex profesas sobre la producción jurídica, por el otro.

2. El componente ideológico de la teoría savignyana de las fuentes del derecho, absolutamente preponderante, se manifiesta, por el contrario, en tres aspectos, que vale la pena mencionar:

(a) La introducción de una fuente normativa metafísica, invisible, elusiva, como es el "pueblo", su "espíritu", su "conciencia jurídica", cuyas normas serían, *ipso facto*, normas *jurídicas*, mejor dicho, las únicas, verdaderas y auténticas normas jurídicas;

(b) La institución de una supremacía axiológica entre la fuente normativa metafísica, invisible, elusiva, que sería la única fuente del derecho propiamente dicha, de una parte, y las fuentes normativas tradicionales (legislación, costumbres), degradadas al rango de fuentes de conocimiento o, a lo sumo, de fuentes de producción supletorias, por la otra. Ello según el probado esquema platónico consistente en transformar la realidad empírica, a la que pertenecen la legislación y las costumbres, en apariencia, y la irrealidad, a la que pertenece el pueblo savignyano, en la única y verdadera realidad;

(c) La atribución a la ciencia jurídica, o bien a los juristas, de un rol fundamental en la identificación del derecho verdadero, según procedimientos que se resuelven en *intuiciones* sustraídas, en cuanto tales, a cualquier control racional (piénsese, al respecto, las cáusticas palabras de John Austin: cap. II, § 2.2). El elemento intuitivo presente en la visión (ideológica) del derecho de Savigny se encuentra también en su articulada teoría de la interpretación jurídica, como veremos en el próximo capítulo.

3. MEDITACIONES METAJURISPRUDENCIALES: ADOLF MERKEL Y EL ESTATUTO DE LA *ALLGEMEINE RECHTSLEHRE*

En la cultura jurídica de lengua alemana, los albores de la *allgemeine Rechtslehre* —"teoría general del derecho", "doctrina general del derecho"— se sitúan en los últimos treinta años del siglo XIX: en el periodo de paz y prosperidad (internas) inaugurado con la proclamación de Versalles, en 1871, del segundo imperio alemán.

La *allgemeine Rechtslehre* tiene por objetivo la *determinación* y la *sistematización* de los "conceptos jurídicos fundamentales (*juristische Grundbegriffe*) obtenidos mediante el análisis de los principios de las distintas áreas del ordenamiento jurídico positivo"[302]. Se trata, en particular, de una teoría del derecho: 1) *positivista*; 2) *formal o estructural*, de orientación normativista; 3) caracterizada por una *generalidad* de tipo *transectorial*.

La *allgemeine Rechtslehre* es, ante todo, una teoría *positivista* del derecho, al menos bajo tres perfiles distintos:

(a) Versa sobre el *derecho positivo*, es decir, sobre el derecho creado por autoridades humanas, mediante actos de regulación discretos (promulgación, derogación, decisión de controversias con eficacia *erga omnes*, invalidación de leyes o reglamentos, etc.) o en vía consuetudinaria;

(b) Asume que, fuera del derecho positivo, no hay otro derecho susceptible de un tratamiento científico, configurando al derecho natural como "derecho" en sentido impropio, o metafórico: como un conjunto de reglas *morales* que usurpa un nombre que no es suyo, y cuyo conocimiento y exposición no competen a los juristas *en cuanto* juristas;

(c) Es obra de —y para— juristas positivos: de —y para— estudiosos versados en la doctrina y en la praxis del derecho, en contraste con la "filosofía del derecho" (*Philosophie des Rechts*), que es obra, por el contrario, de los filósofos de profesión y, en cuanto tal, no es idónea para comprender la verdadera naturaleza del derecho y de sus elementos constitutivos.

La *allgemeine Rechtslehre* es, además, una teoría *formal* o *estructural* del derecho positivo. De un lado, estudia la *forma* o *estructura lógica* de los ele-

---

[302] FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, p. 225; cfr., además, BARBERIS, M., *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, pp. 96 ss.; Id., *Filosofia del diritto*, cap. 3.

mentos constitutivos del derecho. Estos los identifica en las *normas jurídicas* —denominadas, indistintamente, *Rechtsnormen* o *Rechtssätzen*—, dejando a otras disciplinas el análisis de sus contenidos específicos y contingentes. De otro lado, estudia aspectos estructurales del derecho conjuntamente considerados, ocupándose, como veremos, de las fuentes del derecho, de las relaciones entre derecho y estado, de la aplicación del derecho.

A este aspecto de la *allgemeine Rechtslehre* alude, por ejemplo, August Thon (1839-1912), al contraponer la perspectiva "teórica-general" de su libro *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (*Norma jurídica y derecho subjetivo. Investigaciones de teoría general del derecho*), aparecido en 1878, a la opuesta perspectiva (diríamos hoy) funcionalista, adoptada por Rudolf von Ihering en *Der Zweck im Recht* (*El fin en el derecho*, vol. I, 1878; II ed. 1884):

> "Me importaba destacar la construcción lógica y la estructura del sistema jurídico, si bien siempre en relación con el fin y con el destino de cada una de las partes. Ihering, por el contrario, dirige su atención inmediata y esencialmente a estos fines. Mientras mi tarea era desnudar el duro esqueleto del derecho y examinar solo la capacidad de movimiento (*die Bewegungsfähigkeit*) de cada una de las partes, la obra de Ihering, en cambio, sirve para los músculos y nervios, para el aparato motor en sí"[303]. (Cursivas agregadas).

---

[303] THON, A., *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, 1878, tr. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, p. 3. Es necesario advertir, sin embargo, que las palabras de Thon generan una imagen reduccionista de la obra de VON IHERING, R., *El fin en el derecho*, cit. En efecto, *El fin en el derecho* contiene, en el cap. VIII, además del arquetipo de una teoría funcionalista del derecho ("Un único pensamiento constituye la base de esta obra: el fin es el creador de todo el derecho, no existe alguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, es decir, a un motivo práctico", citado por la traducción italiana, p. 6), también los lineamientos de una teoría general del derecho y del estado de tipo formal o estructural, al igual de las de August Thon y de Adolf Merkel —uno de los dos "queridos amigos y estudiosos del pasado" a quienes Ihering dedica el libro: "un escrito que (...) no persigue finalidad (...) dogmática, sino que se propone la tarea de describir la estructura compleja del derecho" (citado por la traducción italiana, p. 8)—. En los próximos parágrafos se hará algunas alusiones a la teoría del derecho de Ihering.

Finalmente, la *allgemeine Rechtslehre* es una teoría general de tipo *transectorial*: en efecto, su objeto está constituido por las nociones y distinciones comunes a los distintos sectores de la ciencia jurídica, que constituyen la "parte general" del saber relativo a los ordenamientos positivos singulares.

En tal sentido, uno de los principales exponentes del *allgemeine Rechtslehre*, Adolf Merkel(1836-1896), sostiene —en la "Introducción" a su *Juristische Enzyklopädie*, una obra que Hans Kelsen asumirá como documento paradigmático de la teoría general del siglo XIX— que la ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*) conjuntamente considerada:

> "se divide en la "teoría general del derecho" y en las ciencias jurídicas especiales: la ciencia del derecho público [o constitucional, ndr], la ciencia del derecho administrativo, la ciencia del derecho privado, la ciencia del derecho penal, la ciencia del derecho procesal, la ciencia del derecho eclesiástico, la ciencia del derecho internacional. Estas últimas tienen por objeto cada una de las partes del derecho en su particularidad; la primera, por el contrario, tiene por objeto lo que es común a cada una de las partes".

Merkel adscribe una particular utilidad científica a la teoría general del derecho, así entendida, ya que considera que solo la superación de los límites de cada una de las disciplinas jurídicas permite:

> "quitar la máscara que deforma o esconde los verdaderos rasgos del derecho e impide que su identidad pueda emerger en el campo de nuestra ciencia"[304].

Entre los objetos que, según Merkel, la *allgemeine Rechtslehre* tiene la tarea de estudiar, estarían en particular:

1. El *derecho positivo*, o derecho objetivo, conjuntamente considerado (*das Recht*), destacando sus rasgos distintivos, las relaciones con el *estado*,[305] la *moral*, la *religión* y la *costumbre*, las divisiones desde el punto de

---

304 MERKEL, A., *Juristische Enzyklopädie*, p. 13; Id., *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, 1874, en: Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, pp. 299 ss.

305 MERKEL, A., *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, citado por CAPPELLINI, P., *Systema iuris*, pp. vii y 359. Así, en Merkel también se encuentra la idea, sostenida por Bentham, de la teoría del derecho como disciplina que ilumina sobre la "verdadera" naturaleza del derecho positivo en su conjunto.

vista de los destinatarios y de los contenidos, las fuentes del derecho (*Rechtsquellen*);

2. Las *relaciones jurídicas*, con particular atención a la noción de derecho subjetivo;
3. La *aplicación del derecho*, con particular atención a los conflictos (*Kollisionen*) entre normas (*Rechtssätze*) o leyes (*Gesetze*), y a la interpretación judicial de las leyes[306].

Aparentemente, entre las tareas que Merkel asigna a la *allgemeine Rechtslehre*, además de los estudios recién mencionados, está también la elaboración de una *metodología* —prescriptiva— *de la ciencia jurídica* (entendida como el conjunto de las *Spezialwissenschaften* antes mencionadas).

Según Merkel, en particular, la ciencia jurídica debe desarrollar las siguientes actividades:

(a) Interpretar el derecho, poniéndose "inmediatamente al servicio de la aplicación del derecho";
(b) Disponer los contenidos del derecho en la oportuna "forma espiritual", la forma del sistema, procediendo así a su elaboración sistemática;
(c) "Combinar la comprensión de la existencia y eficacia del derecho con las variaciones temporales y espaciales de su conformación": se trataría, en concreto, de dar cuenta del derecho positivo de un *estado* —el estado es, en efecto, en la concepción dualista de Merkel, "diferente" al derecho: es la entidad, orgánicamente concebida, que es *portadora* (*Träger*) del derecho, o bien constituye su "casa" (*Heimat*)—, sea a la luz de su desarrollo histórico, sea de la disciplina sincrónicamente vigente en otros ordenamientos, conjugando así la actividad estrictamente dogmática con la historiografía y la comparación jurídica[307].

Es necesario observar cómo, en la perspectiva de Merkel, todas las actividades antes identificadas sean entendidas como actividades puramente cognoscitivas, o científicas en sentido propio.

Por un lado, la interpretación jurídica consistiría, según los casos:

---

306 MERKEL, A., *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, 1889, en: Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, vol. II, pp. 578-647; Id., *Juristische Enzyklopädie*, pp. 1-173.

307 MERKEL, A., *Juristische Enzyklopädie*, pp. 168-173.

En identificar el contenido exacto de la ley, yendo necesariamente más allá de su significado literal, realizando una interpretación en sentido estricto o bien —en el léxico de los juristas de derecho común, de quienes se percibe un eco en las palabras de Merkel— de *comprehensio legis*;

En "desarrollar su" alcance preceptivo *iuxta propria principia*, realizando una interpretación en sentido lato, o bien de integración del derecho o —en el léxico de los juristas de derecho común— de *extensio legis*, que consiste en explicitar normas (asertivamente) implícitas en el sistema del derecho[308].

Por el otro, la

> "elaboración sistemática del contenido del derecho está orientada a destacar aquel contenido de un modo exhaustivo y, a la vez, más fácilmente comprensible (*denkbar*), como un todo unitario lógicamente articulado de conceptos y de reglas, ordenados con base en su afinidad y según el grado de generalidad o especificidad de sus contenidos"[309].

Comparada con la de los fundadores del modelo inglés, Bentham y Austin, la atención de Merkel y de los teóricos general del derecho alemanes, en general, por el perfil metodológico de su actuar, al finalizar el siglo XIX, parece casi inexistente. No ya, como se podría pensar, por indiferencia, sino por la convicción de que se hubiese llegado a resultados definitivos acerca de la reflexión sobre el método del conocimiento jurídico con las elabora-

---

308 MERKEL, A., *Juristische Enzyklopädie*, pp. 164, 166-167: "La decisión de las controversias jurídicas por parte de los jueces tiene lugar sobre la base de la interpretación del derecho, vale decir, de la *búsqueda* (*Erforschung*) y del *desarrollo* (*Entwicklung*) de su contenido (...) Las palabras de la ley se revelan *siempre y solo como una representación imperfecta e incompleta del pensamiento del legislador*. Corresponde pues al intérprete sacarlo a la luz (*zum Bewusstsein*) y darle expresión en su totalidad y con la mayor determinación posible" (cursivas agregadas).

309 MERKEL, A., *Juristische Enzyklopädie*, p. 169. Además de Thon y de Merkel, entre los principales exponentes del *allgemeine Rechtslehre* del siglo XIX se suele considerar a: Ernst Zitelmann (1852-1923) —de quien véase, por ejemplo, los ensayos *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879) y *Lücken im Recht* (1903)—; a Karl Bergbohm (1849-1927), autor del monumental *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892), considerado la biblia del positivismo jurídico del siglo XIX (sobre el cual, cfr., a KASTNER, B., *Karl Magnus Bergbohm*); a Ernst Rudolf Bierling (1841-1919), autor de una *Juristische Prinzipienlehre* (1894); y, a Georg Jellinek (1851-1911), autor del *System der subiektiven öffentlichen Rechte* (1892) y de una *Allgemeine Staatslehre* (1900), de notable influencia sobre la doctrina publicista continental.

ciones de Savigny y, sobre todo, de Ihering, en las que luego se inspiraron sea la nueva doctrina del derecho público, a cargo, principalmente, de Karl Friedrich von Gerber (1823-1891), de Paul Laband (1838-1918), y de Georg Jellinek (1851-1911), sea la doctrina penalista, a cargo también del propio Merkel[310].

Será Hans Kelsen, como veremos (Cfr. cap. V, § 3), quien reconozca en el problema del método de la teoría del derecho, y de la jurisprudencia en general, una cuestión de importancia capital, todo menos que resuelta y, por lo tanto, ineludible para cualquier jurista que, en los inicios del siglo XX, pretendiese desarrollar su actividad de modo consciente y útil para el avance del saber.

4. THON VS. IHERING, O DEL IMPERATIVISMO SIN COACCIÓN

Las filosofías del derecho positivo son, por lo general, no solo discursos *sobre* algo, sino también, y a veces principalmente, discursos *contra* algo, constituido, a menudo, por otras filosofías, contemporáneas o precedentes.

Bajo este perfil, la teoría del derecho que el jurista alemán August Thon delinea en su obra mayor, *Rechtsnorm und subjectives Recht* (Norma jurídica y derecho subjetivo), publicada en 1878, representa un caso paradigmático de dialéctica iusteórica.

En efecto, el libro de Thon contiene programáticamente, sea críticas puntuales a las concepciones sostenidas por juristas contemporáneos suyos —entre quienes se encuentran Kart Binding, Alois Brinz, Rudolf von Ihering, Adolf Merkel y Bernhard Windscheid— sobre cuestiones específicas como, por ejemplo, la justificación de las penas, el concepto de derecho subjetivo, el concepto de negocio jurídico, la naturaleza jurídica de la ocupación, etc.; sea una crítica global a una compleja y articulada filosofía del derecho positivo, cuyo más autorizado exponente es señaladamente Rudolf von Ihering[311].

No interesa, en esta sede, valorar si Thon haya ofrecido una caracterización fiel de la teoría de Ihering (pero parecería sustancialmente que sí, aun

310 Cfr. WILHELM, W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, pp. 117 ss.

311 Sobre las posturas metodológicas del "primer" Ihering, cfr., cap. IV, §5, cap. V, §3.1.

si por defecto). Interesa, en cambio, dar cuenta, aunque sea brevemente, de los términos en los que Thon ha configurado la teoría rival. Ello permitirá, en efecto, comprender con mayor nitidez las posiciones, contrapuestas, sostenidas por el propio Thon.

Las principales tesis de la teoría de Ihering, según la reconstrucción de Thon, se pueden resumir del siguiente modo:

1. La esencia del derecho es la *coacción* ("el hecho de la coacción");
2. Las *normas jurídicas* son, en particular, preceptos cuya observancia está asegurada, de ser el caso, mediante el uso de la fuerza; en otros términos, las normas jurídicas son *preceptos* provistos de *sanciones coercitivas*;
3. En todo ámbito espacial, hay un único "titular" —no está claro si de hecho y/o legítimo— de la coacción, representado por el *estado*;
4. En cuanto titular exclusivo de la coacción (en un determinado ámbito espacial, no reiteraré más esta precisión), el estado es la única "fuente" verdadera, el único "creador" verdadero del derecho; *el derecho*, en otras palabras, *o bien es derecho estatal, o bien no es derecho*;
5. El derecho, en cuanto derecho estatal, es reconocido y actuado por los *jueces*: el actuar de los jueces constituye, en otras palabras, el principal criterio de identificación del derecho vigente en cualquier comunidad iuspolítica[312].

---

312 En la lista faltan cuatro tesis fundamentales adicionales en la filosofía del derecho positivo de Ihering. Vale la pena mencionarlas brevemente: (6) la concepción de los derechos subjetivos en términos de *intereses* protegidos por el derecho estatal, antes que en términos de *poderes de la voluntad*, como era usual entenderlos en la pandectística y en la teoría general alemana de la época; (7) la concepción instrumental o funcionalista del derecho, resumida en la idea antes mencionada, según la cual "el fin" es el creador de todo el derecho y no hay norma jurídica que no haya sido creada para un fin, es decir, por un "motivo práctico"; (8) el rechazo, sobre el plano metodológico, del conceptualismo, como fin en sí mismo, y en el origen del "paraíso de los conceptos" ridiculizado por Ihering en un célebre ensayo publicado en la compilación *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (tr. esp., *Bromas y veras en la ciencia jurídica*); (9) la consideración del derecho como una específica *técnica de control social* o de *motivación del comportamiento social*; como uno de los cuatro "estímulos del movimiento social", fundado sobre la amenaza de sanciones coercitivas ("sobre la coerción") y distinto, en cuanto tal, de la economía (cuyo estímulo es la motivación egoísta fundada sobre la recompensa constituida por un beneficio), además de los dos estímulos "superiores de la evolución social", que

Es fácil reconocer, en las posiciones antes expuestas, además de evidentes puntos en común con el imperativismo coercitivista extremo de Austin, las principales tesis habitualmente atribuidas, incluso en tiempos recientes, al positivismo jurídico del decimonónico[313].

A la teoría de Ihering, tal como ha sido delineada, Thon contrapone una teoría que reconoce las características esenciales del derecho, no ya en su *carácter estatal, imperativo,* y *coercitivo*, sino en su *carácter social, normativo,* e *imperativo.*

Se trata, como se verá en breve, de propiedades estrechamente vinculadas, de modo que no será posible, al tratar de alguna de ellas, evitar anticipaciones y reenvíos a las restantes.

5. CARÁCTER SOCIAL DEL DERECHO

Sostiene Thon, poniéndose en las huellas de una larga tradición, que el derecho es un fenómeno esencialmente social; que, en particular, cada derecho positivo es el producto de una sociedad de seres humanos y no hay sociedad que no tenga un derecho "suyo" —conforme al antiguo adagio: "*Ubi societas, ibi ius*"—.

Hay, sin embargo, varias formas de vida asociada: diversos tipos de sociedad, del cual el estado, en cuanto forma particular de sociedad política, no es más que uno, aunque uno de los más importantes —si no el más importante desde el punto de vista de su relevancia para la vida de los asociados—.

Así entendida, la tesis del *carácter social* del derecho constituye una negación, aunque parcial, de la tesis de Ihering —y de Austin— del *carácter estatal* del derecho. En efecto, en la perspectiva de Thon, no todo derecho es derecho estatal: al lado del derecho estatal, hay *otros* derechos de sociedades que coexisten con el Estado en un mismo territorio, y a veces contrapuestas a él:

---

son "estímulos morales o éticos": "el sentido del deber y el amor, prosa el primero y poesía el segundo, del espíritu moral". Cfr. VON IHERING, R., *El fin en el Derecho*, pp. 79-81.

313 Cfr., por ejemplo, ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cap. I; PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo jurídico*; además BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 99 ss., cfr., además, *supra*, cap. II, § 1.

"Me [...] parece, antes que nada, que *toda norma*, que sea *considerada por una sociedad humana como obligatoria para el recíproco comportamiento de los asociados, es una norma jurídica*, y que el Estado, por tanto, no es el único creador del derecho. Ciertamente, como Ihering justamente observa, se debería entonces hablar también del derecho de una sociedad prohibida por el Estado; pero yo no cedo ni siquiera ante esta consecuencia. Todo manual de derecho canónico trata de la constitución de la primitiva Iglesia cristiana y, por tanto, sitúa su derecho en un tiempo en el cual esta [Iglesia, ndt], desde el punto de vista estatal, era aún una asociación prohibida. No hace falta decir que el Estado no reconoce el derecho de las asociaciones prohibidas —y no será ejecutor de sus normas ni reconocerá como ejercicio de derecho los medios coactivos y las penas vigentes en el interior de la asociación misma. La pena de muerte, infligida de conformidad con los estatutos, por un miembro de una sociedad secreta a un compañero traidor, será a los ojos del Estado un mero asesinato punible; pero todo esto no excluye que, desde el punto de vista de la singular asociación, se deba hablar de un derecho de ésta. Que esté vivo lo demuestra su eficacia: su fuerza sobre los espíritus"[314]. (Cursivas agregadas).

El pasaje destaca algunos aspectos de la teoría de Thon, sobre los cuales es oportuno llamar la atención.

1. La tesis del *carácter social del derecho* conduce a una perspectiva radicalmente *empírica* y *relativista* en la identificación de los derechos positivos.

En estricto, el único requisito que Thon propone para establecer la *juridicidad* de una norma consiste en su vigencia o "eficacia", en —y para— un determinado grupo de individuos que constituye una "sociedad" ("*Gesellschaft*") o una "comunidad" ("*Gemeinschaft*"). Eficacia que, a su vez, es entendida por Thon como el reflejo exterior de una actitud puramente psicológica, de (diríamos hoy) *aceptación* o *sujeción a un vínculo*: de modo que un derecho existe si, y solo si, las normas que lo componen son efectivamente *sentidas como obligatorias* por una colectividad de individuos. Y es, se subraya, desde el punto de vista de cada comunidad, o situándose en la perspectiva de cada uno de sus miembros, que un derecho debe —y puede— ser *objetivamente* identificado.

314 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 5.

Thon, por otra parte, a diferencia de Austin, no precisa cuán amplio deba ser y/o qué otras propiedades deba poseer un grupo de individuos para poder constituir una "sociedad", o "comunidad", dotada de un derecho *suyo*. En su perspectiva, además, cualquier norma social resulta ser, por definición, una norma jurídica; por tanto, son "derecho" también aquellas leyes que Austin califica, en cambio, como reglas de la moral positiva.

El relativismo de Thon —es bueno advertirlo enseguida— no es un relativismo ético, sino *teorético* (de teoría descriptiva y explicativa).

Thon no sostiene, en absoluto, que los distintos derechos positivos —por ejemplo: el derecho de una república liberal-democrática y el derecho de una asociación criminal— tengan el *mismo valor moral* (bajo el presupuesto que ninguna de las innumerables doctrinas ético-políticas, filosofías de la justicia, etc., pueda adelantar alguna pretensión de valor más allá de las otras). Las cuestiones de valor son tácitamente suprimidas desde la perspectiva de la teoría general del derecho thoniana. Por el contrario, lo que Thon pretende sostener, si no me equivoco, es que, desde un punto de vista teorético, sería injustificado reservar el nombre de "derecho" solo al derecho estatal: de cualquier estado, cualquiera que sea la forma de gobierno, *de iure* o *de facto*.

2. En virtud de la tesis del carácter social del derecho, entendida como ha sido expuesta, la teoría de Thon podría ser configurada como precursora de la teoría de la *pluralidad de los ordenamientos jurídicos*, propuesta por el jurista y teórico del derecho italiano Santi Romano (1875-1947), en dos ensayos aparecidos en 1917 y republicados en forma de libro en 1918, con el título *El Ordenamiento Jurídico*.

Sin embargo, tal forma de ver las cosas pecaría de simplismo.

Ciertamente, si bien también Romano incluye el carácter social entre los rasgos esenciales de los derechos positivos —"El concepto de derecho [...] (ante) todo debe reconducirse al concepto de sociedad"[315]— y rechaza la identificación del derecho con el derecho estatal, su teoría se diferencia de la de Thon desde dos perfiles no secundarios, precisamente, en cuanto teoría *antinormativista* e *institucionalista*.

[315] ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, p. 25.

El *antinormativismo* es el rechazo de la tesis según la cual el derecho —cada derecho positivo— estaría compuesto única o esencialmente de entidades que son *normas*.

El *institucionalismo* es la idea según la cual el derecho —cada derecho positivo— sería la combinación de un conjunto de normas con una *institución*, diversamente compleja y articulada: con una *organización* de cargos, órganos, poderes, competencias, que crea normas y es, a su vez, regida por normas —normas que, dicho sea de paso, no pueden sino regular un conjunto limitado de comportamientos y de situaciones[316]—.

> "El orden social establecido por el derecho —escribe Santi Romano[317]— no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que *el derecho antes que ser norma* [...] *es organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia* [...] Siendo esto así, el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución".

A diferencia de Romano, Thon concibe la sociedad como una entidad que preexiste al derecho, y expresa un derecho propio, y *no está*, a su vez, *constituida* por el propio derecho.

Además, a diferencia de Romano, Thon propugna una concepción rigurosamente normativista del derecho, en virtud de la cual el derecho —cualquier derecho positivo— no es otra cosa que un *conjunto de normas*, como veremos con mayor detalle en breve.

Desde esta perspectiva, la diferencia entre Thon y Romano puede ser trazada también del siguiente modo:

Thon configura la relación entre derecho y sociedad en términos rigurosamente *dualistas*: hay *sociedades* que existen independientemente del

316 Cfr. ROMANO, S., *Osservazioni sulla completezza degli ordinamenti statali*, pp. 171 ss.

317 ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, p. 27.

derecho (suyo) y que producen *su* derecho. Al dualismo entre *estado y derecho*, que constituye uno de los rasgos de la *allgemeine Rechtslehre* ortodoxa del siglo XIX (piénsese, por ejemplo, además de Ihering, en las posiciones de Merkel y de Windscheid), y constituirá uno de los principales blancos de la teoría pura kelseniana hasta los exordios (Cfr. cap. V, § 3.1), Thon sustituye el dualismo entre *sociedad* y *derecho*.

Por el contrario, Romano adopta aparentemente una concepción *bidireccional* de las relaciones entre derecho y sociedad: el derecho *se desarrolla* en una sociedad; sin embargo, la sociedad es, al mismo tiempo, *puesta* por el derecho; de modo que entre ambos subsiste un nexo de producción bilateral, en que cada una de las dos entidades es, a la vez, el producto y el productor del otro.

Estas últimas anotaciones —relativas a las disputas sobre aquello que "el derecho es" o que "el derecho no es": es, o no es, *norma*; es, o no es, *institución*; es, o no es, *relación*; es, o no es, *decisión*; es, o no es, *interpretación*; es, o no es, *naturaleza*, etc.— podrían sugerir una imagen engañosa de la filosofía del derecho positivo. En efecto, podrían inducir a configurarla como una disciplina cuyos adeptos pretenden dar cuenta de un fenómeno complejo, como es el derecho (la experiencia jurídica), mediante fórmulas concisas de sabor catequístico, ofendiéndose por la circulación de fórmulas distintas de aquellas que cada uno de ellos, a su vez, prefiere. No se puede negar que, a veces, ciertos discursos de determinados teóricos del derecho puedan parecer vanos, simplistas, viciados de la elusiva búsqueda del "único" y "verdadero" concepto de derecho. Sin embargo, si se consideran las fórmulas en su contexto, estas se revelan muy a menudo como partes de intentos de elaborar *un* concepto de derecho teóricamente provechoso, sin alguna pretensión de exclusividad. Y, en verdad, si los conceptos son instrumentos para conocer y/o para obrar, difícilmente un mismo concepto podrá lograr ser *bon à tout faire*[318].

[318] Sobre la necesidad de un pluralismo conceptual en la teoría del derecho Cfr. NINO, C.S., *Derecho, moral y política*; cfr., además, ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, tr. esp., *El concepto y la validez del derecho*.

6. DEL DERECHO ESTATAL EN PARTICULAR

Habiendo admitido, en el plano teórico, la posible concurrencia en un mismo ámbito territorial de una pluralidad de derechos positivos, es sobre el derecho estatal que Thon concentra sus "investigaciones de teoría general del derecho".

¿Qué cosa es, sin embargo, el derecho estatal? ¿Cómo se diferencia de los otros derechos? Desde un examen superficial, es posible adscribir a Thon la siguiente idea del derecho estatal: el derecho estatal es el *conjunto de los imperativos producidos, directa o indirectamente, por la voluntad general de la máxima comunidad jurídica en un determinado ámbito territorial, para la tutela de bienes o la promoción de intereses humanos, materiales o espirituales.*

Dejando por un momento la tesis del carácter imperativo del derecho, que amerita un examen aparte, es necesario detenerse brevemente sobre tres aspectos de la definición precedente:

1. La referencia a la "voluntad general";
2. La configuración del estado como "máxima comunidad jurídica" en un territorio;
3. La referencia a las finalidades —de *tutela* de *bienes* y de *promoción* de *intereses*— de los imperativos jurídicos.

Voluntad general

En lo que concierne a la referencia a la *voluntad general*, Thon se adhiere expresamente —y únicamente— a las posiciones de Georg W.F. Hegel:

> "Desde Hegel en adelante se suele definir el derecho en sentido objetivo como la voluntad general. Y, en efecto, tal determinación "capta su esencia, bajo el aspecto formal, de tal modo que no se le podría pensar otra más expresiva o más breve". Sea que el derecho [...] del Estado haya encontrado su expresión en la ley, sea que este se manifieste en el modo de vivir de la comunidad, el derecho expresa siempre el querer de esta última"[319].

El propio Thon, sin embargo, ofrece al respecto dos precisiones. De un lado, el derecho legislativo es producido por individuos determinados, delegados para ello por la comunidad, de modo que su voluntad es —y debe ser

[319] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 11-12.

considerada como— la expresión de la voluntad general. Del otro lado, el derecho legislativo toma su autoridad, u obligatoriedad, de una *costumbre social*:

> "En la ley [el derecho expresa, ndt] el querer de aquellas personas, cuya voluntad (formulada y manifestada de una cierta manera) debe valer, a tenor del derecho del singular Estado, como voluntad de este Estado. En realidad, la potestad de los órganos legislativos de hacer valer su voluntad como voluntad de Estado, no puede si no depender, en última instancia, de un precepto de derecho consuetudinario. En este sentido, la ley es solo una fuente mediata del derecho"[320].

Este pasaje de Thon, a la luz de algunos episodios en la historia del pensamiento jurídico occidental, se presta a una doble lectura:

1. En la perspectiva de la cultura jurídica alemana decimonónica, la afirmación según la cual la ley "es solo una fuente mediata del derecho" evoca una de las tesis centrales de la Escuela histórica del derecho, la cual como se ha visto:
   (a) Había reconocido en el "espíritu" de cada pueblo —el "*Volksgeist*", según la célebre expresión de Georg Friedrich Puchta (1798-1846) copiada, a su vez, del historicismo filosófico de Schelling y de Hegel[321]— la "verdadera" y última fuente de producción de toda regla jurídica—;
   (b) Había relegado la legislación y la costumbre en el rol de *fuentes de conocimiento* del derecho, o bien de *fuentes de producción* secundarias y marginales;
   (c) Había instituido entre legislación y costumbre una jerarquía axiológica que privilegiaba, en principio, la costumbre —*directa* emanación del sentimiento jurídico de un pueblo— sobre la legislación —fruto de la intervención deliberada de pocos legisladores de carne y hueso, necesariamente estática y destinada a la obsolescencia—.
2. En la perspectiva de la teoría del derecho del tardío siglo XX, la afirmación según la cual "la potestad de los órganos legislativos" de hacer valer su voluntad como derecho depende, en última instancia, de una

---

320 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 12 nota 4.

321 Cfr. DEL VECCHIO, G., *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 104 ss.

norma jurídica de naturaleza consuetudinaria, puede ser leída como una anticipación —si se quiere, como un protodocumento— de la tesis de la "regla de reconocimiento" sostenida por Herbert Hart casi ochenta años después, según la cual, en la base de los sistemas jurídicos estatales hay una norma que contiene los criterios de identificación de todas las demás normas pertenecientes a ellos (entre los cuales puede estar el criterio de la producción por parte del legislador), norma que tiene la naturaleza de una costumbre judicial —cada juez cree tener que utilizarla para identificar el derecho válido, esperando que los otros jueces hagan lo mismo, y utiliza dicha norma para censurar la actividad, propia y ajena, de identificación de las normas jurídicas[322]—.

El Estado como "máxima comunidad jurídica" en un territorio

En lo que concierne a la concepción del estado como "máxima comunidad jurídica", Thon no aclara en qué sentido ella sea "máxima".

Probablemente, Thon alude a la preeminencia del estado sobre las otras formas de vida asociada, en virtud sea del más amplio número de asociados, sea de la conexión, que Thon parece reconocer entre derecho estatal e ideales de justicia:

> "Como cada norma debe brotar de la idea, viviente en la sociedad, de lo que [es] justo, así se puede también pensar que todo el interés de la colectividad en la realización de los propios preceptos reposa únicamente sobre la satisfacción del impulso de justicia (*Gerechtigkeitstrieb*), que ha hecho surgir aquellos mismos preceptos"[323].

Pero se trata de meras conjeturas. Paradójicamente, aparte de los indicios anteriormente señalados, Thon asume tácitamente que los rasgos distintivos de la comunidad jurídica estatal son evidentes y no merecedores de particulares esfuerzos teóricos y/o expositivos.

Los fines del derecho

Finalmente, la referencia a la finalidad de tutela de bienes y/o de protección de intereses evidencia que Thon se adhiere, de acuerdo con Ihering,

---

322 Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, caps. V y VI.

323 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 14.

a una concepción *instrumental* del derecho estatal: las normas jurídicas no son, al menos típicamente, fines en sí mismos, sino medios para realizar fines ulteriores, de protección de bienes o de promoción de intereses.

Por otra parte, acorde con la perspectiva teórica-general adoptada, Thon observa que los bienes y los intereses asumidos por el derecho como merecedores de tutela pueden ser de los tipos más variados: materiales o espirituales (entre ellos, por ejemplo, la tutela de los animales no humanos contra tratamientos crueles), públicos o privados[324].

Según Thon, finalmente, acorde con la perspectiva rigurosamente formal asumida, los bienes y los intereses objeto de tutela jurídica no son, ellos mismos, "parte del derecho". En efecto, el derecho, en tanto que puro medio, consiste únicamente en un conjunto de formas de tutela que pueden ser recurridos, según los casos, por privados o por órganos del estado:

> "En el derecho no se debe distinguir la capa protectora (*die schützende Schale*) —la tutela jurídica (*der Rechtsschutz*)— y el núcleo —el interés (protegido)—. No. Solo la capa constituye el derecho; el núcleo no le pertenece en absoluto"[325].

7. NORMATIVIDAD DEL DERECHO

Sostiene Thon, como se ha señalado tratando del requisito del carácter social, que el derecho es esencialmente un conjunto de *normas* y, particularmente, como veremos mejor en breve, de *imperativos*.

La tesis de la normatividad del derecho amerita una consideración en sí misma, ya que Thon, lejos de considerarla obvia y pacífica, la configura como negación de la *concepción coercitiva extrema* del derecho. Tal concepción, como emerge de la teoría de Ihering antes mencionada, se articula en dos tesis principales:

1. La tesis según la cual el carácter esencial del derecho es "el hecho de la coacción";
2. La tesis, derivada de la primera, según la cual todas las (verdaderas) normas jurídicas son normas coercitivas, *que fundan su propia eficacia* sobre actos de coerción: en efecto, en los términos de Ihering, "el cri-

[324] Cfr. THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 13-14.

[325] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 207.

terio absoluto de cualquier precepto jurídico real" sería "que en última instancia siempre haya detrás una autoridad, que de ser necesario lo aplique coercitivamente" o bien imponga una sanción, susceptible de aplicación coactiva, por su transgresión[326].

Ahora bien, según Thon, hay buenas razones para rechazar ambas tesis.

La *primera tesis* —"el derecho se funda sobre el hecho de la coacción"— debe ser rechazada, ya que "el hecho de la coacción" nunca es *independiente* de las normas jurídicas; por el contrario, es "reducible nuevamente a normas". En particular, Thon considera que:

> "No es el hecho de constreñir lo que constituye la esencia del derecho, sino el tener de este el poder y el deber".

La concepción coercitiva extrema —en la reconstrucción de Thon— asigna a la fuerza el rol de *factor fundador* del derecho; el de ser una variable independiente y, se diría, *originaria* respecto de una variable, el derecho, dependiente y *derivada* de aquélla. Además, tal modo de ver constituye, habitualmente, un aspecto de la concepción dualista de las relaciones entre Estado y derecho: la idea según la cual el Estado —en cuanto detentador de la fuerza— es la entidad de la cual emana y se nutre el derecho, de modo que Estado y derecho serían entidades irreduciblemente distintas, aunque vinculadas.

A esta concepción Thon opone, aparentemente, una en la cual se invierte la relación entre *derecho* y *fuerza* —e, indirectamente, la relación entre *derecho* y *Estado*—. Así, la fuerza ("la coacción"), que no esté regulada y autorizada por normas jurídicas, lejos de ser, por su naturaleza, "parte del derecho", debe considerarse del todo extraña a este.

Según Thon, también la *segunda tesis* de la concepción coercitiva extrema del derecho —"todas las (verdaderas) normas jurídicas son normas coercitivas"— debe ser igualmente rechazada, al menos por tres distintas razones.

En primer lugar, Thon destaca cómo, de hecho, en los derechos positivos, además de normas coercitivas (en el sentido anteriormente indicado), hay también normas cuya eficacia no reposa en absoluto sobre el plantea-

---

326 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 5.

miento de sanciones coercitivas en contra de sus eventuales transgresores, para constreñirlos a observarlas o sancionarlos por alguna inobservancia realizada. Por lo tanto, la segunda tesis de la concepción coercitiva del derecho, si se le entiende (diríamos hoy) como una tesis descriptiva de la realidad jurídica, se revela como falsa pues, de hecho, no todas las normas (comúnmente consideradas como) jurídicas son *normas coercitivas*.

En segundo lugar, Thon destaca cómo, entre las normas (usualmente consideradas) jurídicas, pero no coercitivas, hay normas de máxima importancia: entre ellas, las normas constitucionales dirigidas al órgano supremo del poder estatal. De este modo, la segunda tesis de la concepción coercitiva del derecho —si se le entiende (diríamos hoy) como una tesis conceptual y, precisamente, como una tesis sobre el concepto de "norma jurídica"— conduce al resultado, paradójico, de configurar como "no (verdaderamente) jurídicas" las normas que son, en cambio, de importancia primaria para el derecho (recuérdese, al respecto, lo sostenido por Austin, cap. II, §§ 8.5 y 9.4).

En tercer y último lugar, Thon considera que es empíricamente imposible que un derecho positivo cualquiera consista únicamente en normas coercitivas. Por la siguiente razón:

> "A menudo [...] las normas son, sin embargo, reconocidas como normas de derecho, pero su valor práctico, su fuerza y [su, ndt] significado son puestos en duda cuando su transgresión carece de consecuencias jurídicas. Se sonríe entonces ante este derecho impotente, que no reposa si no sobre una orden [desnuda, ndr]. Como demostraremos enseguida, cualquier atribución de derechos [subjetivos —*Berechtigung*, ndt], incluso aquella provista de la más enérgica coacción a una pena o a un resarcimiento para el caso de su violación, en el fondo, solo reposa sobre un conjunto de imperativos, en los que el siguiente tiene siempre por condición la desobediencia del precedente, pero el último, cuando es transgredido, carece en todo caso de consecuencias"[327].

7.1. El "Dilema de Thon"

En el pasaje citado, el blanco de Thon es, aparentemente, la concepción coercitiva extrema, que se caracteriza por un riguroso reduccionismo tipo-

[327] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 15.

lógico, según el cual: "todas las (verdaderas) normas jurídicas son normas coercitivas".

Ahora bien: a la luz de las consideraciones desarrolladas por Thon, parece posible plantear a los autores de la concepción coercitiva extrema un dilema, que, en homenaje al autor que lo sugiere, llamaré "Dilema de Thon":

> *O*, primer cuerno del dilema, se retrotrae al infinito —y, en concreto, se produce una serie infinita de normas sancionadoras y se instituye una serie infinita de órganos titulares del poder-deber para hacerlas valer—;
>
> *O bien*, segundo cuerno del dilema, nos detenemos —según la oportunidad y en virtud de una decisión— en alguna norma última, que consiste en un imperativo carente de consecuencias jurídicas: un imperativo que impone un deber no sancionado[328].

El primer curso de acción, aunque admitiendo que permitiría edificar un derecho positivo conforme a la concepción coercitiva extrema, resulta del todo impracticable.

El segundo curso de acción es, por el contrario, fácilmente practicable; sin embargo, implica el abandono de la concepción coercitiva extrema,

---

328 Una posición distinta, en el mismo orden de ideas y en el común rechazo de la concepción coercitiva extrema, será sostenida por Hans Kelsen: cfr. KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 29-30, 60 ss.; Id., *La teoría pura del derecho*, pp. 63 ss. Kelsen sostiene, en particular: (i) que una "regla es una regla jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra regla que dispone una sanción; una regla es una regla jurídica porque *dispone* una sanción"; (ii) que, a la luz de este modo de entender las relaciones entre normas jurídicas y coacción, no hay obstáculo alguno para sostener que: "todas las normas de un ordenamiento jurídico son normas coercitivas, es decir, normas que disponen sanciones; pero entre estas normas hay algunas cuya eficacia no está asegurada por otras normas coercitivas"; (iii) finalmente, que las normas, que en un ordenamiento no sean coercitivas, ya que no disponen alguna sanción pero que, por ejemplo, sean normas permisivas o normas que autorizan, pueden ser fácilmente configuradas, desde el punto de vista de la nomoestática (la teoría del derecho "en su forma completa o en un estado de reposo"), como normas *no independientes, no autónomas* o como *fragmentos de normas* completas, "estando estrechamente vinculadas con normas que establecen actos coercitivos" (sobre el punto, cfr., además, cap. V, § 5). Sobre los distintos modos de configurar las relaciones entre derecho y coacción en la filosofía del derecho, cfr. BOBBIO, N., *Diritto e forza*, 1966, en: Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 119 ss.

pues en tal caso, claramente, *no todas* las normas jurídicas serían normas sancionadoras.

Quizás, desde un punto de vista lógico y en relación con un sistema jurídico ideal, es posible escapar del Dilema de Thon, mostrando una vía que evita el regreso al infinito (primer cuerno) y no acaba en un imperativo no sancionado (segundo cuerno).

Para ello, sin embargo, es necesario atribuir al derecho —en cuanto ordenamiento normativo— una estructura más compleja de aquella imaginada o presupuesta por los teóricos decimonónicos.

Supongamos, en particular, tener un sistema jurídico, SJ, que presenta las siguientes características:

1. SJ está compuesto de dos subsistemas de normas: hipotéticamente, un subsistema de normas penales, SP, y un subsistema de normas civiles, SC.
2. Cada uno de los dos subsistemas contiene únicamente normas sancionadoras, que están dispuestas, hipotéticamente, sobre tres niveles.
3. En cada subsistema hay, en particular, con las precisiones que haremos en breve:
   (*a*) Un cierto número, desde 1 a *n*, de normas de *primer nivel* —$NP1_{(1-n)}$ y $NC1_{(1-n)}$, respectivamente— que prevén sanciones para los ilícitos de los asociados: las normas $NP1_{(1-n)}$ del subsistema SP sancionan, por hipótesis, los ilícitos penales; las normas $NC1_{(1-n)}$ del subsistema SC sancionan, siempre por hipótesis, los ilícitos civiles;
   (*b*) Al menos *una* norma de *segundo nivel* —$NP2_j$ y $NC2_j$, respectivamente— que prevé una sanción ante la omisión de aplicación de las normas de primer nivel, $NP1_{(1-n)}$ y $NC1_{(1-n)}$, respectivamente;
   (*c*) Al menos *una* norma de *tercer nivel* —$NP3_k$ y $NC3_k$, respectivamente— que impone una sanción ante la omisión de aplicación, respectivamente, de la norma de segundo nivel, $NP2_j$ y $NC2_j$;
4. El funcionamiento de cada subsistema es confiado, con las precisiones a las que nos referiremos en breve, a órganos aplicativos igualmente dispuestos sobre tres niveles.
   En el primer nivel, están los órganos primarios —por ejemplo: Pretor-P y Pretor-C, respectivamente—, que tienen el deber de aplicar las normas de primer nivel. Así, por ejemplo, normas como:

$NP1_i$: "Si un ciudadano comete homicidio, el Pretor-P debe sancionarlo con reclusión no menor a veintiún años";
$NC1_m$: "Si el conductor de un vehículo a motor causa daños a terceros, el Pretor-C debe condenarlo al resarcimiento del daño".

En el segundo nivel, está el órgano secundario —pongamos, Juez-P y Juez-C, respectivamente— que tiene el deber de aplicar la norma de segundo nivel del respectivo subsistema, por ejemplo:

$NP2_j$: "Si Pretor-P omite aplicar una norma de primer nivel $NP1_{(1-n)}$, el Juez-P debe sancionarlo con la multa de € 10.000";
$NC2_j$: "Si Pretor-C omite aplicar una norma de primer nivel $NC1_{(1-n)}$, el Juez-C debe sancionarlo con la multa de € 10.000".

Finalmente, en el tercer nivel, están los órganos terciarios.
¿Cuáles son, sin embargo, los órganos terciarios de cada subsistema? ¿Cuál es, en otras palabras, el órgano que, para cada subsistema, tiene el deber de aplicar la norma terciaria? ¿Cuáles son, además, las normas terciarias de cada subsistema?
Si se quiere evitar, sea el regreso al infinito, sea el cierre de cada subsistema con una norma no sancionada, se puede adoptar la siguiente solución organizativa: hacer funcionar el órgano secundario de cada uno de los dos subsistemas como órgano terciario del *otro* subsistema.
Es necesario, además, formular la norma terciaria de cada subsistema del siguiente modo:

$NP3_k$: "Si el Juez-P omite aplicar $NP2_j$ o $NC3_k$, el Juez-C debe sancionarlo con una multa de € 100.000";
$NC3_k$: "Si el Juez-C omite aplicar $NC2_j$ o $NP3_k$, el Juez-P debe sancionarlo con una multa de € 100.000".

El resultado de esta construcción es un sistema caracterizado por el control, *entrecruzado* y *circular*, de los dos órganos secundarios, Juez-P y Juez-C, sea respecto de las omisiones concernientes a sus subsistemas, sea respecto de las omisiones concernientes a las normas del otro subsistema.
Un ejemplo debería aclarar el punto.

Supongamos que el Pretor-P omite aplicar una norma de primer nivel $NP1_g$.
En tal caso, el Juez-P debe condenar al Pretor-P al pago de una multa de € 10.000, aplicando la norma $NP2_j$.
Si el Juez-P condena al Pretor-P, *nulla quaestio*.
El Juez-P, sin embargo, podría omitir condenar al Pretor-P, violando $NP2_j$.
En tal caso, el Juez-C debe condenar al Juez-P al pago de una multa de € 100.000, aplicando la norma $NP3_k$.
Si el Juez-C condena al Juez-P, *nulla quaestio*.
El Juez-C, sin embargo, podría omitir condenar al Juez-P, violando $NP3_k$.
En tal caso, el Juez-P debe condenar al Juez-C al pago de una multa de € 100.000, aplicando la norma $NC3_k$.
Si el Juez-P condena al Juez-C, *nulla quaestio*.
El Juez-P, sin embargo, podría omitir condenar al Juez-C, violando $NC3_k$.
En tal caso, el Juez-C debe condenar al Juez-P al pago de una multa de € 100.000, aplicando la norma $NP3_k$, y así sucesivamente.

En conclusión: el Dilema de Thon se ha trasmutado en un Trilema de Münchhausen[329]; pero aquí el tercer cuerno del trilema —el escape en la circularidad— no es impracticable, no implica el recurso a una espiral infinita de normas y de órganos aplicativos, y esto ocurre al precio, aparentemente modesto, de un control circular entre el Juez-P y el Juez-C.

Hasta aquí el experimento mental para escapar del Dilema de Thon. Sin embargo, llegados a este punto, hace falta preguntarse por si una tal vía de escape sea adecuada para salvar la concepción coercitiva extrema —al menos bajo el perfil de la posibilidad de sistemas normativos compuestos únicamente por normas coercitivas—.

Ahora bien, la pregunta merece una respuesta negativa. Cabe notar, en efecto, que, desde el punto de vista de la teoría de Thon, y, aún más, desde la teoría del derecho contemporánea, aun si un sistema normativo ideal pudiese evitar el regreso al infinito de las normas sancionadoras, habría sin

329 Sobre el cual Cfr. ALBERT, H., *Treatise on Critical Reason*, pp. 18-19.

embargo otras razones para rechazar la concepción coercitiva extrema. En efecto, hay cosas que las normas coercitivas —tal como son entendidas por los partidarios de la concepción extrema— no pueden hacer. En concreto, estas no serían idóneas: (*a*) para constituir SJ y regular la producción de las normas de SJ; (*b*) para instituir los órganos jurisdiccionales Pretor-P, Pretor-C, Juez-P y Juez-C; (*c*) para regular las modalidades de la designación de individuos para cubrir tales cargos jurisdiccionales; (*d*) para regular la duración de tales cargos y las modalidades de sustitución de los jueces por impedimentos sobrevinientes (deceso, enfermedad mental, etc.,), etc.[330].

Una posible réplica a estas últimas objeciones respecto de la concepción coercitiva extrema puede ser tomada de Kelsen, que, sea dicho de paso, no es un partidario de tal concepción (como preciso en la nota 48). Kelsen configura las normas de competencia, las normas que instituyen órganos, etc., como normas *no autónomas*, o bien como *fragmentos* de las normas que disponen sanciones, las cuales son, por el contrario, *autónomas*[331]. No es este el lugar para valorar si tal réplica sea convincente o no. Sin embargo, ella parece admitir la presencia en el derecho de normas jurídicas que —aunque no sean "autónomas"— tampoco son reducibles a normas sancionadoras. Por lo tanto, la concepción coercitiva extrema parece destinada al fracaso.

8. IMPERATIVIDAD DEL DERECHO

> "Por medio del derecho, el ordenamiento jurídico (en el sentido de los factores generadores del derecho) tiende a dar, a quienes están sometidos a sus preceptos, un impulso hacia un determinado comportamiento, sea que consista en una acción o en una omisión. Tal impulso es ejercido por

---

330 THON se ocupa de normas de competencia desde una perspectiva de derecho privado, tratando de las "facultades" (*Befugnisse*), "poderes" (*das Rechtliche Können*), y "potestades" (*rechtliche Macht*) que el derecho atribuye a los sujetos en sus relaciones patrimoniales, y que son irreducibles a prohibiciones y deberes (véase THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cap. VII, pp. 327 ss.).

331 KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 30; Id., *La teoría pura del derecho*, pp. 67 ss.; por otra parte, como veremos, el propio Thon distingue, en el ámbito de las normas jurídicas, entre normas "en sí mismas" y normas auxiliares de las primeras; cfr. *infra*, § 8.

medio de preceptos de contenido positivo o negativo. Órdenes y prohibiciones dejan intacta la libertad de aquel a quien se dirigen unas y otras (...) *Todo el derecho de una sociedad no es otra cosa que un conjunto de imperativos*"[332]. (Cursivas agregadas).

A la luz de este pasaje, y de numerosos otros que se encuentran en los sucesivos capítulos de *Rechtsnorm und subjectives Recht* en los que se subraya las mismas ideas, casi con las mismas palabras, es posible considerar a la teoría de Thon como una teoría imperativista del derecho[333], según la cual:

1. El derecho consiste únicamente en un conjunto de normas imperativas, o "imperativos";
2. Hay dos tipos de imperativos: de un lado, los imperativos "positivos" u "órdenes", que imponen ciertos comportamientos; del otro, los imperativos "negativos" o "prohibiciones", que imponen omitir ciertos comportamientos;
3. Los destinatarios de los imperativos son los asociados en general, o bien clases particulares de asociados.

Si el imperativismo de Thon fuese exactamente reducible a estas tres tesis, se trataría de una teoría jurídica muy rudimentaria, caracterizada por un *reduccionismo ontológico* teóricamente inaceptable, al que ciertamente calzaría la etiqueta, puesta por Bobbio, de "imperativismo ingenuo".

Sin embargo, tras un examen superficial, la teoría de las normas jurídicas de Thon se revela bastante más compleja y articulada. Intentaré destacarlo examinando el imperativismo thoniano desde tres aspectos: desde el punto de vista de la *forma teórica* —o *forma lógica*, o *forma estándar*— de los imperativos y de la relación entre imperativos y discurso de las fuentes; desde el punto de vista de la tipología de los imperativos; y, finalmente, desde el punto de vista de la relación entre las normas imperativas y las otras normas jurídicas —pues, como veremos, el reduccionismo que caracteriza la teoría de Thon no es *ontológico* sino *teórico*—.

---

332 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 12, 17; cfr., además, pasajes análogos en las pp. 65, 105, 113, 190, 191, 193, 220, 221, 224, 241-242, 279, 282, 317.

333 Cfr., por ejemplo, BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, p. 230.

8.1. Imperativos y discurso de las fuentes

Los filósofos del derecho positivo no *describen* las normas jurídicas, tal como un viajero dotado de espíritu de observación anota de manera escrupulosa sobre su agenda las particularidades de un paisaje que le ha impresionado. Incluso, cuando habitualmente afirman que "el derecho es un conjunto de normas" o cosas similares, no aluden a normas "dadas" en uno o más ordenamientos positivos. Por el contrario, los teóricos del derecho están habituados a *sobreponer* a la experiencia jurídica —y, en particular, al discurso de las fuentes de los derechos positivos, que constituye la entrada de sus indagaciones— alguna *forma teórica* de norma jurídica, inventada o perfeccionada por ellos mismos con fines cognoscitivos —operación, esta última, expresamente configurada en tal sentido por Bentham (como se ha visto en el capítulo I)[334]—.

De este modo, cuando —a título ilustrativo o para otros fines— los teóricos descienden del cielo de los conceptos y buscan identificar una o más normas de un ordenamiento positivo, su búsqueda puede revelarse como una actividad mediante la cual, viéndolo bien, *construyen* o *reconstruyen* normas a partir de los enunciados del discurso de las fuentes. En efecto, si estos últimos son entendidos en su significado literal, no expresan necesariamente preceptos jurídicos dotados de la forma estándar propugnada por los teóricos.

La teoría thoniana de los imperativos ofrece un ejemplo paradigmático de este modo de proceder. Al respecto, un pasaje de *Rechtsnorm und subiectives Recht* resulta particularmente significativo:

> "Aun cuando también las órdenes y las prohibiciones del derecho puedan no tener tal *aspecto exterior* y puedan ser calificadas, solo indirectamente, mediante las consecuencias amenazadas por su violación, *hay conceptualmente en todo precepto jurídico un imperativo*, un *praeceptum legis* o, como se suele decir hoy, una norma"[335]. (Cursivas agregadas).

Puesto, por tanto, que los imperativos deben ser identificados generalmente mediante una reconstrucción teórica del significado de los "preceptos jurídicos", ¿cuál es la forma estándar de los imperativos? ¿Cómo proceder en

---

[334] *Supra*, cap. II, § 5; cfr., además, por cuanto concierne a un aspecto análogo de la doctrina pura kelseniana, el cap. V, § 3.

[335] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 12.

dicha tarea reconstructiva? ¿Tiene, finalmente, tal actividad carácter "interpretativo" (en cualquier sentido de esta equívoca expresión)?

Para comprender estos aspectos de la teoría de Thon, resulta útil exponer brevemente el análisis sugerido por el autor de (diríamos hoy) un enunciado del discurso de las fuentes —en el léxico de Thon: de un "precepto jurídico"[336].

Dada, por ejemplo, la disposición penal:

"El homicidio está sancionado con la cadena perpetua"

en la perspectiva de Thon, de ella se obtiene no menos de *dos imperativos distintos*, en concreto:

1. Un *imperativo negativo*, o prohibición, dirigido "a todos quienes están sometidos a la norma", cuya forma estándar es:

   "No debes matar";

2. Un *imperativo positivo*, u orden, cuyo destinatario es juez penal, cuya forma estándar es:

   "Debes imponer la cadena perpetua a quienes hayan cometido un homicidio".

El *primer imperativo*, según Thon, es un "imperativo primario", "independiente" o "autónomo". Su *carácter primario* consiste en lo siguiente: este impone a los asociados en general (a todos sus destinatarios que son identificados, por ejemplo, a la luz de otras disposiciones comúnmente insertadas en los códigos penales, del tipo: "La ley penal italiana obliga a todos quienes se encuentren en el territorio del Estado") un "deber primario", es decir, un deber cuya única condición de existencia está constituida por la vigencia del imperativo mismo. En otras palabras, la vigencia del imperativo es *condición suficiente* del surgimiento, para los individuos de una clase determinada (en última instancia, indistintamente todos los individuos de la especie humana), del deber de abstenerse de cometer homicidio.

El *segundo imperativo*, por el contrario, es un "imperativo secundario". Este presenta, en particular, las siguientes características:

336 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 16 ss., 18 nota 26, 57, 68 ss.

En primer lugar, tal imperativo impone a los órganos "encargados de la justicia penal" un deber "secundario" o "derivado". En efecto, para que cualquier juez penal tenga el deber de imponer la pena de cadena perpetua a un homicida, no es suficiente que haya una norma en tal sentido, es necesario además que haya ocurrido la violación de una norma primaria; en suma, es necesario que alguien haya cometido un homicidio. Hasta ese momento, el imperativo secundario —mejor aún, el deber secundario impuesto por aquél a los jueces penales— es, en palabras de Thon, "latente" o "durmiente". En conclusión: un imperativo es "secundario" si el deber que impone a los propios destinatarios está subordinado a tres condiciones, disyuntivamente necesarias: (*i*) la vigencia de una norma primaria; (*ii*) la vigencia de una norma secundaria, "auxiliar" o "sirviente"; (*iii*) la transgresión de la norma primaria "dominante".

En segundo lugar, el imperativo es "secundario" porque no tendría razón de existir si no estuviera vigente la norma primaria dominante: si el homicidio no estuviese prohibido, no habría razón alguna de introducir una norma secundaria.

La distinción entre imperativos primarios y secundarios amerita unas breves observaciones.

1. En la perspectiva de la antes revisada teoría de los actos lingüísticos de Searle (Cfr. cap. II), el análisis de los preceptos jurídicos sancionadores sugerido por Thon puede ser reformulado en los siguientes términos. Con un mismo enunciado, el legislador promulga dos directivas distintas:
   - De un lado, una *directiva implícita*, fruto de un acto lingüístico indirecto, dirigida a cualquier individuo y, en la perspectiva de Thon, "primaria";
   - Del otro, una *directiva explícita*, fruto de un acto lingüístico directo, dirigido a los jueces penales y, en la perspectiva de Thon, "secundaria".
2. Con su teoría de los imperativos jurídicos, Thon pretendía refutar:

   "la afirmación [formulada, por ejemplo, por Cohnfedlt, ndr] que, en general, *los imperativos* que deben determinar la conducta de los hombres de una cierta manera *no pertenecen al derecho sino solo a la moral*. Así, por ejemplo, la norma: "no debes robar" no sería una prohibición del derecho sino una 'orden de la moral'. Solamente la pena que se impone al ladrón,

solamente la coacción que se ejerce contra él para restituir lo robado o resarcir el daño, pertenecerían al derecho"[337]. (Cursivas agregadas).

3. Al respecto, Hans Kelsen, como fuera señalado al tratar sobre Austin y como se verá en el cap. V, adoptará incluso una tercera posición: conservará para las "normas primarias" de Thon el carácter de *normas jurídicas*, configurándolas, sin embargo, como normas *secundarias*, lógicamente implícitas en las correspondientes normas primarias sancionadoras.
4. Para Thon, de una disposición como: "El homicidio está sancionado con la cadena perpetua", se obtienen, como se ha visto, dos imperativos con forma de enunciados sintácticamente categóricos o incondicionados: "No debes matar" y "Debes sancionar al homicida con la cadena perpetua".

   Sin embargo, Thon no excluye que se pueda (y deba) configurar también "normas condicionadas": imperativos expresados mediante enunciados sintácticamente hipotéticos o condicionales; en efecto, sugiere que, dada por ejemplo una disposición como:

   "Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto obliga a quien lo ha cometido el resarcir el daño".

   se obtendrían de ella al menos dos imperativos distintos, en concreto:

   (a) Un *imperativo incondicionado* y, en la perspectiva de Thon, primario, según el cual:
   "No debes dolosamente o culposamente causar a otros un daño injusto".

   (b) Un *imperativo condicionado* y, en la perspectiva de Thon, secundario:
   "No obstante, si causas a otros un daño injusto, debes resarcir el daño"[338].

En conclusión: se ha visto cuales son, según Thon, las formas estándar de los imperativos ("Debes ...", "No debes ...", "No obstante, ... debes ...", etc.), y cómo la identificación de los imperativos a partir del discurso

[337] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 15.

[338] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 154-155.

de las fuentes es una operación estrictamente condicionada por su teoría de las normas. En realidad, como es destacado por la perspectiva de los actos lingüísticos, las normas que Thon considera "primarias" son, en muchos casos y paradójicamente, normas implícitas, fruto de (presuntos) actos lingüísticamente indirectos del normar.

Resta por aclarar un último punto: si la identificación de los imperativos es o no una "actividad interpretativa". A tal pregunta parece posible proveer una respuesta positiva, sea si se considera que la interpretación consiste, genéricamente, en atribuir significado a expresiones lingüísticas, o sea si se considera, conforme a una acepción filosófica-teológica del término, que consiste en evidenciar el sentido escondido, o no manifestado, de un texto sobre la base de criterios heurísticos presupuestos.

¿De qué tipo de interpretación se trata? Se trata, como se ha visto, de una interpretación dirigida a la identificación de los distintos preceptos puestos por el legislador mediante una misma disposición, y a su reformulación en las oportunas formas estándar y, por ello, totalmente dependiente de una particular teoría de las normas jurídicas.

8.2. Variedad de imperativos

En los parágrafos precedentes he señalado que Thon distingue:

1. Entre imperativos *positivos*, u órdenes, e imperativos *negativos*, o prohibiciones, según que impongan un comportamiento de actuación (un *hacer*, un *dar*, un *prestar*) o un comportamiento de omisión (un *no hacer*);
2. Entre imperativos *incondicionados* e imperativos *condicionados*, según su forma sintáctica, categórica o hipotética;
3. Entre imperativos *primarios* e imperativos *secundarios*, según que impongan deberes primarios o "autónomos", o bien deberes "derivados", que surgen como consecuencia de la transgresión de un deber primario.

Esta última distinción —que se corresponde con la distinción austiniana entre "deberes primarios" y "deberes secundarios"— constituye el eje de la teoría de las normas jurídicas de Thon. A ella, en particular, se relacionan las ulteriores distinciones entre imperativos, que Thon delinea asumiendo dos principales perspectivas: en concreto, la perspectiva de las "consecuencias jurídicas" de los imperativos, y la perspectiva de la "independencia" de los imperativos.

8.2.1. Normas desnudas y normas dotadas de consecuencias jurídicas

En la perspectiva de sus consecuencias jurídicas, Thon considera oportuno distinguir, ante todo, entre los imperativos carentes de consecuencias jurídicas o "normas desnudas", de una parte, y los imperativos dotados de consecuencias jurídicas, de otra.

Normas desnudas

Las normas desnudas imponen deberes, positivos o negativos, cuya violación no da lugar a consecuencias jurídicas. En el común sentir de los juristas —aquí y ahora, así como en el tiempo de Thon—, las "consecuencias jurídicas" de una norma —o, mejor aún, de la violación de una norma— son a menudo identificadas con el evento, lamentable, de la imposición de una sanción. Sin embargo, Thon sostiene que las "consecuencias jurídicas" (de la violación) de una norma consisten, no ya en un hecho lamentable cualquiera (el ser recluido por un cierto tiempo en un establecimiento penal, el ser privado de una suma de dinero o de otros bienes), sino, al menos en vía inmediata, en la *modificación del conjunto de las normas jurídicas* aplicables al transgresor:

> "tales consecuencias de la transgresión de la norma [primaria, ndr], atribuidas al derecho, no consisten [...] sino *en la entrada en vigor de nuevos imperativos y en la decadencia de imperativos hasta entonces vigentes* [...] La comisión de un asesinato *despierta* [...] el día de hoy *los imperativos* dirigidos a los órganos aplicadores encargados de la justicia penal, y tienen por finalidad perseguir y sancionar al asesino. *Ante el proceder de estos órganos, conforme a su deber, decaen a su vez los imperativos que protegían la libertad y la vida del asesino*, antes que cometiese el hecho contra alguien [...] Si los mencionados funcionarios no se atienen a las órdenes que se les dirigen, tal transgresión no hace sino *llamar a la vida a nuevos imperativos*"[339].

Por lo tanto, a la luz de lo señalado, son *normas desnudas* los imperativos cuya violación no "despierte" otros imperativos; que no constituyan, en términos menos metafóricos, la condición de aplicabilidad de ulteriores imperativos.

Que un imperativo esté jurídicamente *desnudo*, en el sentido apenas precisado, no implica, sin embargo, que esté totalmente privado de efectos para sus transgresores; por el contrario, según Thon, las normas desnudas

[339] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 15, 18-19.

son a menudo normas jurídicas de primaria importancia ("a menudo prácticamente de inestimable valor"). Se trata, por ejemplo, de normas que imponen deberes a los detentadores supremos del poder de una determinada comunidad estatal, o bien de normas de derecho internacional. En cuanto tales, su transgresión provoca reacciones no jurídicas, consistentes en la reprobación por parte de la opinión pública interna o internacional. Bajo este último perfil, Thon distingue las normas desnudas en dos subclases: de un lado, las normas desnudas configurables como "leyes perfectas", del otro, las normas desnudas configurables, por el contrario, como "leyes imperfectas". Son *leyes perfectas* las normas desnudas cuya violación "suscita un seguro e intenso resentimiento común". Son, en cambio, *leyes imperfectas* las normas desnudas cuya violación no da lugar a un resentimiento seguro e intenso por parte de todos los miembros de la comunidad en cuestión. En este sentido, típicamente son leyes imperfectas muchas de las normas del derecho internacional. En realidad, como advierte Thon:

> "el sentimiento común de los Estados no se ha robustecido aún, ni siquiera de forma aproximada, como el común sentimiento de los individuos en el Estado"[340].

Dos breves anotaciones. Las normas desnudas son imperativos primarios; sin embargo, no todos los imperativos primarios son normas desnudas. Las normas desnudas —por ejemplo, las normas constitucionales que imponen deberes a los supremos gobernadores de la cosa pública— ofrecen a Thon uno de los principales argumentos para rechazar el imperativismo de la coacción sostenido por Ihering, y afirmar, por el contrario, que:

> "La coacción no es en absoluto un elemento esencial en el concepto de derecho".

Normas dotadas de consecuencias jurídicas

Como se ha visto, están "dotados de consecuencias jurídicas" los imperativos cuya transgresión promueva, o pueda promover, un proceso que implica la actualización *de deberes potenciales* y la *neutralización de deberes actuales*.

---

340 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 16.

Por otra parte, no todos los imperativos dotados de consecuencias jurídicas tienen las mismas consecuencias. Por el contrario, como Thon tiene cuidado en destacar, es posible distinguir cuatro clases de normas imperativas: por un lado, hay imperativos con consecuencias "automáticas" e imperativos con consecuencias "no automáticas"; por el otro, hay imperativos con consecuencias que tienen como finalidad la sanción ("*Straf*") e imperativos con consecuencias que tienen como finalidad el resarcimiento ("Ausgleichung").

Consecuencias automáticas y no automáticas. Tienen *consecuencias automáticas* los imperativos primarios cuya transgresión es condición suficiente para la producción de un efecto jurídico sobre el transgresor; ello, sin la intervención de algún órgano jurídico sino en virtud de alguna norma secundaria (condicionada). Tienen consecuencias automáticas, por ejemplo, los imperativos primarios cuya violación implica, para el transgresor, la caducidad de alguno de sus derechos. Estos imperativos no atribuyen derechos subjetivos, públicos o privados, sino que:

> "son únicamente derecho objetivo, y encierran el querer de la comunidad jurídica que, desde luego, se realiza por sí mismo"[341].

Tienen *consecuencias no automáticas*, por el contrario, los imperativos primarios cuya transgresión, según los casos:

Sea condición de aplicabilidad de normas secundarias que atribuyen a órganos del estado el poder-deber de someter al transgresor a una pena;

Sea condición de aplicabilidad de normas secundarias que atribuyen a privados la pretensión ("*Anspruch*") de obtener la remoción de la ilicitud y/o el resarcimiento del daño y/o la punición del transgresor, recurriendo, de ser el caso, a órganos idóneos del estado. Estas pretensiones, concedidas por el estado a los privados "con el fin de ejecutar los imperativos que tutelan (sus) intereses" no son, según Thon, otra cosa que los "derechos subjetivos privados"[342].

Finalidad de sanción, finalidad resarcitoria. Los imperativos secundarios aplicables como consecuencia de la violación de un imperativo primario pueden tener dos finalidades distintas: la sanción del transgresor o el resarci-

[341] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 125.

[342] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 141.

miento del sujeto lesionado por la transgresión. Las normas secundarias del primer tipo pueden disponer, según los casos, la imposición de penas públicas (de detención, corporales, etc.) o penas privadas (entre ellas: la caducidad de derechos, facultad, pretensiones, etc.). Las normas secundarias del segundo tipo tienen, por el contrario, la finalidad de igualar dos situaciones que son, o podrían ser, injustamente desiguales. Para ello, tales normas disponen, según el caso: a) el cumplimiento específico de los deberes de hacer o bien la remoción de lo realizado, en el caso de violación de un deber de no hacer ("coacción al cumplimiento"); b) el resarcimiento del daño; c) la prestación de una garantía idónea ante futuros incumplimientos eventuales[343].

8.2.2. Imperativos independientes y no independientes

Una última distinción, trazada por Thon en el ámbito de las normas imperativas, es la distinción entre preceptos jurídicos "independientes" y preceptos jurídicos "no independientes".

Thon no provee una caracterización explícita de estos dos tipos de imperativos, sin embargo, su posición al respecto puede ser configurada del siguiente modo: son imperativos *independientes* las órdenes y las prohibiciones que tienen en sí misma su razón de ser; son imperativos *no independientes*, por el contrario, aquellos preceptos que tienen su razón de ser en la vigencia de otros preceptos. La clase de los preceptos no independientes no coincide exactamente con la de los imperativos secundarios. De un lado, todos los imperativos secundarios son *no independientes*, en el sentido genérico recién definido; del otro, sin embargo, no todos los imperativos *no independientes* son secundarios, en el sentido que su aplicabilidad dependa de la *violación* de un precepto primario. En estricto, según Thon, habría dos tipos de imperativos, al mismo tiempo, no independientes *y* no secundarios.

En primer lugar, son imperativos no independientes, y no secundarios, las normas que imponen *deberes instrumentales* al surgir de un *estatus*. Escribe, por ejemplo, Thon:

> "Así, el precepto: "un testamento debe ser hecho ante siete testigos" así como el adicional: "los testigos del testamento deben ser personas mayores de edad [...]" *no* contienen los imperativos: "debes, si quieres hacer

[343] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 43 ss.

un testamento, hacerlo ante siete testigos" o "no debes [...] tomar como testigos del testamento a personas menores...". Órdenes de tal género son extrañas al ordenamiento jurídico. Los imperativos están mucho más en el fondo y más escondidos. Ellos consisten, por un lado, en todas las órdenes y prohibiciones que son emanadas a favor del heredero [...] pero, viceversa, [consisten, ndt] también en las órdenes y prohibiciones que obligan al heredero como tal. Estos imperativos, sin embargo, estarían suspendidos en el aire, si al mismo tiempo la cuestión de quién sea heredero no encontrase respuesta. Hacia el objetivo de determinar tal [respuesta, ndt] se dirigen ambos preceptos jurídicos no independientes recién citados"[344]. (Cursivas agregadas).

En segundo lugar, son imperativos no independientes, y no secundarios, las normas que son, por decirlo así, órdenes supletorias, es decir, que imponen deberes específicos, los cuales pueden ser configurados como la *concretización* de normas que imponen deberes genéricamente caracterizados, o normas imperativas *en blanco*. Según Thon, típicamente son órdenes supletorias cada una de las normas penales que incriminan —si son entendidas, obviamente, como preceptos dirigidos a los jueces penales— respecto a:

"El imperativo general [dirigido, ndt] al juez penal, de sentenciar conforme al derecho vigente"[345].

Ambos tipos de imperativos, sin embargo, funcionan, según Thon, como "principios jurídicos explicativos" (*begriffsentwickelnde Rechtssätze*) o (diríamos hoy) *definitorios*: los primeros, en el caso citado, determinando la noción de "heredero"; los segundos, "precisando" el contenido del deber del juez penal de "juzgar según el derecho".

8.3. Imperativos y otras normas jurídicas

He señalado antes que, aparentemente, Thon considera que hay normas jurídicas que no son imperativos pero son, en cambio, como veremos mejor en breve, normas *permisivas* o *de autorización*.

¿Semejante posición, sin embargo, no da lugar a una irremediable contradicción en su teoría? ¿El propio Thon no ha afirmado claramente, en

344 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 336-337.

345 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 19 nota 26.

muchos puntos de *Rechtsnorm und subjectives Recht,* que el derecho consiste únicamente en un conjunto de imperativos?

El siguiente pasaje debería sugerir que, viéndolo bien, la contradicción es tan solo aparente; en efecto, escribe Thon, asumiendo una posición que será luego retomada casi al pie de la letra por Kelsen (cfr. cap. V, § 5):

> "La admisión de facultades particulares previstas por el ordenamiento jurídico contiene, en un primer aspecto, un abandono del principio que ha sido puesto desde el inicio de estas investigaciones: que *todo el derecho consiste solo y únicamente en imperativos de la comunidad jurídica* [...] Y, sin embargo, espero que nuestro punto de partida se pueda justificar también frente a esta dificultad. *Es inexacto* a mi parecer *poner las autorizaciones (Gewärungen) en un mismo plano con las órdenes y las prohibiciones.* Solo estas últimas contienen el derecho. *Las autorizaciones no son preceptos jurídicos independientes. Ellas determinan solamente los presupuestos para la entrada en vigor o el final de ciertos imperativos*"[346]. (Cursivas agregadas).

A la luz de esta distinción, ya muchas veces mencionada, entre reduccionismo ontológico y reduccionismo teórico, también la teoría de las normas jurídicas de Thon parece, por lo tanto, afectada de reduccionismo teórico, al igual de las de los otros filósofos positivistas previos al siglo XX.

Dicho esto, en la teoría de las normas jurídicas de Thon es posible identificar al menos cuatro distintos tipos de normas jurídicas no imperativas: (1) las normas permisivas derogatorias; (2) las normas permisivas que limitan una competencia normativa; (3) las normas permisivas auxiliares; y, finalmente, (4) las normas constitutivas de nulidad.

1. *Normas permisivas derogatorias.* Un primer tipo de normas no imperativas está constituido por las *normas permisivas que revocan normas imperativas preexistentes*, o normas permisivas derogatorias. Thon caracteriza las normas de este tipo casi en los mismos términos de Austin y de Bentham[347].

> "(Un) mero permitir no es nunca asunto del derecho. La *natural libertad* del hombre *jurídicamente* subsiste para cada uno mientras que no le sea puesto un límite por el ordenamiento jurídico. Lo que no está prohibido,

[346] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 334.

[347] Cfr. *supra*, caps. I y II.

precisamente por ello está permitido. *Un permiso explícito tendría sentido solo donde anteriormente había una prohibición, pues ello significaría el retiro de dicha prohibición; ello no sería una regulación de derecho, sino una revocación de derecho* (keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung)"[348].

En este pasaje se encuentra, aparentemente, una formulación de la denominada *norma general exclusiva*, o *norma general negativa*, o *principio de prohibición*, según la cual "todo lo que no está (jurídicamente) prohibido está (jurídicamente) permitido". Esta norma —presente también en la teoría benthamiana, como norma no jurídica, pero jurídicamente relevante, bajo el nombre de "ley universal de libertad" (*supra*, cap. I, § 16.1)— devendrá, a partir de los primeros años del siglo XX —a partir, precisamente, del ensayo de Ernst Zitelmann, *Über Lücken im Rechts* (Sobre las lagunas en el derecho), de 1903— en uno de los principales instrumentos utilizados para sostener y justificar la completitud de los ordenamientos jurídicos. Donato Donati y Hans Kelsen (en el caso de este último, al menos hasta los escritos de los años treinta) seguirán a Zitelmann sin darse cuenta de que este planteamiento teórico, de herencia iusnaturalista, resulta incompatible con el postulado del carácter descriptivo del iuspositivismo epistemológico[349].

2. *Normas permisivas limitativas de una competencia normativa.* Un segundo tipo de normas no imperativas está constituido por las *normas permisivas que limitan la futura promulgación de normas imperativas.* Tales normas, en concreto, juegan un rol de relevancia primaria en los ordenamientos caracterizados (diríamos hoy) por una *pluralidad de niveles de legalidad*, por ejemplo, en el estado legislativo de derecho, el nivel de la ley y el nivel, subordinado a este, de los reglamentos del poder ejecutivo; en el estado constitucional de derecho, el nivel de la constitución y de las leyes constitucionales y el nivel, subordinado a este, de las leyes infraconstitucionales.

---

348 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 282-283, cursiva agregada.

349 Otra explicación es que estos teóricos, al afirmar la existencia, aunque implícita, de la norma general negativa, confundieron entre permiso en sentido fuerte (que depende de una norma positiva de permisión), y permiso en sentido débil (que, en cambio, es mera ausencia de norma de prohibición). De esta distinción, introducida por von Wright (*Norm and Action. A Logical Enquiry*, pp. 85 ss.) y utilizada por Alchourrón y Bulygin (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 171 ss.), ya he dicho algo en el cap. II, § 13.2. Véase también el cap. V, § 5.6.

Aludiendo a la "posibilidad" de que un precepto pueda contener "una específica *garantía contra futuras prohibiciones* [...] por parte de la legislación", Thon, cuya perspectiva era, por otra parte, la de un iusprivatista decimonónico, formula las siguientes consideraciones:

> "En este caso su significado sería análogo a la proclamación mediante una ley de la libertad de prensa, de la libertad de fijar el domicilio, de la libertad de circulación [...] y de otros denominados derechos de libertad. En estricto, tales proclamaciones de libertad pueden tener jurídicamente su significado, y lo adquieren especialmente por haber estado recogidas en la Constitución, porque *desde entonces la promulgación de una prohibición que revoque aquella libertad puede ser expresada solo en la forma prescrita para los cambios constitucionales*"[350]. (Cursivas agregadas).

3. *Normas permisivas auxiliares*. Un tercer tipo de normas no imperativas está constituido por las *normas permisivas de actos que son condiciones de aplicabilidad de normas imperativas*. Tomando como ejemplo la norma ("principio") sobre la ocupación de las *res nullius*, ("puedes ocupar una *res nullius*"), Thon afirma:

> "El alcance del principio está, pues, solo en las consecuencias jurídicas que están relacionadas con la ocupación. Si el ordenamiento jurídico no reconoce como consecuencia de la ocupación ni la propiedad, ni la posesión, ni algún otro derecho, el principio carecería de (algún) significado; entonces, en general, no sería más un principio jurídico. Sin embargo, el principio se refiere al surgimiento de los imperativos que constituyen el derecho de propiedad"[351].

Las normas permisivas auxiliares pueden cumplir, según Thon, también otra función, de tipo "explicativo" o (diríamos hoy) definitorio. Dado, por ejemplo, el imperativo primario:

---

350 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 334 nota 50. Nótese que esta función es desarrollada por normas permisivas constitucionales, incluso en un régimen de constitución flexible. En tiempos recientes, una posición análoga a la de Thon ha sido sostenida, en relación con los estados con constitución flexible, por GUASTINI, R., cfr., por ejemplo, *Il diritto come linguaggio*, p. 98; Id., *Lezioni di teoria generale del diritto e dello stato*, p. 45.

351 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 334-335.

"No debes disfrutar de una cosa ajena sin el consentimiento del propietario", la norma:

"Puedes ocupar una *res nullius* (deviniendo así en su propietario)"

ofrece una definición —según las circunstancias, exhaustiva o parcial— del término "propietario".

4. *Normas constitutivas de nulidad.* Finalmente, un cuarto tipo de normas no imperativas está constituido por las *normas que establecen la nulidad de actos*[352]. Piénsese, por ejemplo, en las normas que califican como nulo un contrato por contradecir normas inderogables ("imperativas"), el orden público o las buenas costumbres.

Según Thon, la forma estándar de este tipo de normas no imperativas no es "no debes...", sino:

"No puedes...".

La tipología thoniana de las normas jurídicas no imperativas presenta algunos aspectos sobre los cuales es oportuno detenerse brevemente.

(1) Las normas de los primeros tres tipos —todas ellas, como se ha visto, normas permisivas— pertenecen a la clase de las normas no independientes o no autónomas.

(2) Las normas que establecen la nulidad de actos son, por el contrario, normas independientes: a través de ellas el ordenamiento jurídico realiza *inmediatamente* un fin considerado merecedor de la voluntad general.

(3) Según Thon, el discurso de las fuentes puede también contener enunciados que no expresan alguna norma, ni imperativa ni no imperativa. Semejante eventualidad se realizaría, en estricto, si el legislador formulase una disposición como:

"El comportamiento *x* no está prohibido".

aun cuando ella no sirviese para revocar una prohibición preexistente o para limitar la actividad nomotética de un legislador

[352] THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 20-22.

subordinado. En efecto, en tal caso el legislador habría parafraseado, según Thon, una simple "enseñanza" ("*eine Belehrung*")[353]. Quizás, esta idea de Thon, lejos de constituir un sinsentido enigmático, puede ser entendida como una formulación *ante litteram* de la idea de *permiso débil*, es decir, como una situación caracterizada por la ausencia de normas imperativas concernientes a un cierto comportamiento[354].

(4) El *status* de las *normas permisivas* ha constituido uno de los temas —y, osaría decir, de las preocupaciones— principales en la teoría jurídica de la segunda mitad del siglo XX, como fuera señalado al tratar acerca de las normas permisivas en la teoría de Bentham (Cfr. *supra*, cap. I, § 17).

En esta ocasión, me limitaré a un apunte[355]. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin —en un ensayo de 1984, *Permisos y normas permisivas* (*Permessi e norme permissive*) que constituye una de las más lúcidas contribuciones sobre el argumento— llegan, aunque por vías distintas, a atribuir a las normas permisivas (que configuran, siguiendo a von Wright, como normas que *permiten* comportamientos *en sentido fuerte*) las primeras dos funciones identificadas, más de un siglo atrás, por August Thon, y casi dos siglos antes por Bentham, aunque en el inédito *Of Laws in General*.

De un lado, afirman que:

> "Las normas permisivas a menudo (si no siempre) realizan la importante función normativa de *derogar prohibiciones*, como Ross mismo reconoce con su tesis".

De otro lado, con particular referencia a un ordenamiento cuyas normas sean producidas por dos autoridades diferentes, una soberana ("Toro Sentado") y otra subordinada a la primera ("ministro"), afirman lo siguiente:

> "El ministro está autorizado para dictar nuevas normas para regular la conducta de la gente y para derogarlas, pero carece de competencia para derogar las normas dictadas por Toro Sentado mismo. En tal caso el

---

353 THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 238 nota 6.

354 Sobre la distinción entre "permiso débil" y "permiso fuerte", cfr. cap. I, §§ 13, 17, además cap. V, § 5.6.

355 Cfr. capítulo I, §§ 13, 17.

> permiso dado por Toro Sentado de cazar los martes y los jueves funciona como una limitación de la competencia de su ministro [...] De tal manera, estos permisos pueden ser interpretados como un rechazo anticipado de las prohibiciones correspondientes, y si el ministro llega a dictar una norma prohibiendo cazar los martes o los jueves, tal norma no será válida, pues él carece de competencia para dictarla"[356]. (Cursivas agregadas).

Así como el ministro de Toro Sentado, en un estado constitucional (con una constitución rígida) el legislador ordinario no puede prohibir válidamente un comportamiento permitido por la constitución si la revisión constitucional debe ser solicitada a otro órgano y/o requiere algún procedimiento agravado.

9. IMPERATIVISMO Y REALIDAD DEL DERECHO

> "(La) teoría imperativista del derecho [...] una vez probada sobre la realidad jurídica global, muestra su inadecuación. Dicho en forma aún más breve: es una teoría verdadera, pero parcial".

Con estas palabras, Norberto Bobbio —en el ensayo *Dos variaciones sobre el tema del imperativismo*[357]— resume la posición de Santi Romano a propósito de las concepciones imperativistas del derecho. Una posición respecto de la cual el propio Bobbio se declara enseguida "sustancialmente de acuerdo".

En las páginas precedentes he intentado destacar cómo algunas teorías imperativistas —y, de modo particular, las de Bentham, Austin y Thon, tres de los más importantes ejemplos del imperativismo anteriores al siglo XX— se prestan para reconstrucciones tras las que se revelan bastante menos ingenuas de cuanto a menudo se les considera.

Se ha visto cómo tales teorías están todas ellas caracterizadas, en el ámbito de la teoría de las normas jurídicas, por un *reduccionismo* no ya ontológico sino teórico. En particular, se ha visto cómo ellas —y sobre todo las de Bentham y de Thon, pero también, aunque con menor eficacia, la

---

356 ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Permisos y normas permisivas*, 1984, en: ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, pp. 235, 237.

357 BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, 1960, en: Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 32 ss., en las pp. 32-33.

de Austin— dan cuenta, sea de la variedad de imperativos jurídicos, sea de normas *jurídicas* no imperativas.

Es posible ofrecer una prueba adicional acerca de su no extrema ingenuidad.

Con el fin de poner en evidencia el "simplismo" de la "teoría imperativista" del derecho, Bobbio menciona cinco categorías de normas (o, en su léxico de entonces, de "proposiciones prescriptivas"), que no estarían dotadas de la fuerza obligatoria propia de las órdenes y de las prohibiciones, y permanecerían, por tanto, fuera del horizonte teórico del imperativismo.

Se trata, en particular:

1. De las normas constitucionales programáticas;
2. De las directivas "teleológicas", o de "obligatoriedad limitada";
3. De las directivas "discrecionales" o de "obligatoriedad *condicionada*, en el sentido de que los comportamientos previstos por la directiva son obligatorios a condición de que, o hasta que, no se pruebe la oportunidad de no atenerse a ellas";
4. De las recomendaciones que "dan vida a deberes secundarios" —por ejemplo: el deber de redactar reportes sobre las medidas adoptadas para ejecutar las recomendaciones mismas;
5. De las recomendaciones, finalmente, que "no dan lugar ni siquiera a deberes secundarios", cuya violación puede dar lugar, sin embargo, a la "reprobación" por parte de los otros miembros de la comunidad en cuestión y/o a la "repetición de la recomendación"[358].

Las normas constitucionales programáticas

> "tienen eficacia obligatoria, no ya por aquello que ordenan sino por aquello que prohíben quedando, por aquello que ordenan, como *normas sin sanción y, por ende, como prescripciones cuya fuerza es tenue y cuya eficacia es, por tanto, incierta*"[359]. (Cursivas agregadas).

¿No hay, en realidad, lugar para tales normas en los empíreos imperativistas como Bentham, Austin y Thon? Al parecer, no. Para Bentham pueden ser normas *jurídicas* provistas de sanciones extrajurídicas (Cfr. cap. I, § 12.2). Para Austin, tales normas pertenecen a la categoría de las leyes imperfectas,

---

[358] BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, pp. 39-47.

[359] BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 43.

de las "recomendaciones" o "exhortaciones" dirigidas al legislador (Cfr. cap. II, § 9.3, 9.4). Para Thon, en cambio, tales normas son tan solo imperativos —las órdenes, en concreto— carentes de consecuencias jurídicas, es decir, pertenecientes a la categoría de las normas desnudas (supra, § 8.2.1).

Las *directivas teleológicas* son normas obligatorias en relación con el fin, pero permisivas o que autorizan en relación con los medios[360].

También las normas de este tipo —si bien no expresamente identificadas por Bentham, Austin o Thon en sus tipologías de las normas jurídicas— pueden ser pacíficamente comprendidas en sus aparatos conceptuales: en cuanto "leyes imperativas", si la omitida persecución del fin es efectivamente sancionada; en cuanto "leyes imperfectas", si se trata de un pseudo "deber", no sancionado; en cuanto "imperativo", según los casos, dotado o no dotado de consecuencias jurídicas.

Consideraciones análogas valen también para los otros tres tipos de normas antes indicados. Esto sugiere que, en el diálogo ideal con los autores del pasado, es necesario tener siempre en cuenta los contextos institucionales y los horizontes culturales en los cuales ellos actuaron, teniendo cuidado, en cada caso, de no confundir el plano de los conceptos, y su abstracta potencialidad, con el plano —bastante más contingente e históricamente determinado— de los objetos.

Una última consideración. La crítica de Bobbio, si bien, aparentemente, se adapta mal a las teorías de Bentham, Austin y Thon, podría, sin embargo, valer para cualquier imperativismo extremo como, por ejemplo, el evocado en el siguiente pasaje de Giorgio Del Vecchio, citado por Bobbio, según el cual:

> "También los consejos, las simples exhortaciones, salen del campo del derecho; en general, todas las formas atenuadas de imposición no tienen naturaleza jurídica"[361].

En tal caso, sin embargo, sería oportuno hablar no ya *de la* teoría imperativista —entendiendo con ello que haya *una* teoría imperativista, viciada del simplismo antes señalado—, sino de distintas formas de impe-

---

360 BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 44.

361 BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 47 nota 25.

rativismo: algunas extremas, otras moderadas, de las cuales Austin y, sobre todo, Bentham y Thon serían, si no me equivoco, destacados exponentes.

Puesto, pues, que la acusación de veracidad parcial promovida por Bobbio a los imperativismos ingenuos puede ser redimensionada, ya que el reduccionismo que caracteriza las teorías de las normas jurídicas de Bentham, Austin y Thon no es, como se ha visto, ontológico sino teórico, es necesario preguntarse por qué razones una teoría reduccionista sería preferible a una teoría no-reduccionista que, por ejemplo, se limite a destacar la variedad de normas —imperativas y no imperativas, sancionadoras y no sancionadoras— presentes en un mismo ordenamiento jurídico.

Parece posible excluir que la razón tenga que ver con la distinción entre normas jurídicas y normas morales, o bien entre "derecho" y "moral". En realidad, para Bentham, Austin y Thon —a diferencia de Ihering y también de Kelsen, como se verá— la distinción entre derecho y moral no se funda *sobre el tipo de normas* que se distinguirían, respectivamente, en los sistemas de uno u otro ámbito normativo, sino, por el contrario, como se ha visto, en su *fuente*, que para las normas jurídicas es el *soberano* o la *voluntad general* de la respectiva comunidad jurídica.

El reduccionismo teórico imperativista parece, más bien, el reflejo de un modo de ver, aún difundido y de pacífico buen sentido, según el cual la imperatividad sería, por decirlo así, la esencia de la normatividad; según la cual la función esencial de los ordenamientos normativos —jurídicos, morales, sociales, etc.— consistiría no ya en permitir o en autorizar comportamientos, sino en ordenar y en prohibir, limitando así la natural libertad de los seres humanos[362].

No obstante, en cuanto se quiera captar la especificidad de los ordenamientos *jurídicos* evolucionados respecto de los ordenamientos jurídicos primitivos o bien de aquellos morales, el reduccionismo imperativista —incluso en su versión no ontológica sino teórica— puede resultar insatisfactorio, tal como le pareció a algunos teóricos del siglo XX, en particular, como veremos en su momento (en el segundo volumen), a Herbert Hart.

362 Cfr., por ejemplo, SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, *passim*.

Capítulo IV: Cognoscitivismos interpretativos: de Pufendorf a Windscheid

"Quand on a [...] marché avec le législateur, qu'on l'a suivi partout pas à pas, lors même qu'il prenait une route mauvaise, c'est alors, mais alors seulement qu'on peut espérer avoir bien saisi sa pensée"

Victor Napoléon Marcadé

"Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application des principes, et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeures du Code Napoléon"

Charles Aubry

Sumario: *1. La era del formalismo interpretativo.– 2. Dos cognoscitivismos del siglo XVII.– 2.1. Algunos presupuestos ideológicos.– 2.2. El método de Pufendorf.– 2.3. El método de Leibniz.– 3. La Escuela de la exégesis.– 3.1. Fuentes del derecho e instrucción académica en Francia en el siglo XIX.– 3.2. La ideología profesional.– 3.3. Los códigos interpretativos de los juristas exegéticos.– 4. La doctrina de Savigny.– 4.1. Interpretación de leyes aisladamente consideradas: las directivas del método organicista.– 4.2. El intérprete ante a las leyes defectuosas.– 4.3. La interpretación de las fuentes "en su conjunto": antinomias y lagunas.– 5. Rudolf von Ihering: de la interpretación a la construcción jurídica.– 6. La interpretación según la Pandectística: Bernhard Windscheid.– 7. Consideraciones incidentales sobre la completitud del derecho.*

1. LA ERA DEL FORMALISMO INTERPRETATIVO

En el capítulo II (§ 1), he señalado cómo en el tema de la interpretación jurídica y de la interpretación de los documentos legislativos en particular, los principales teóricos del siglo XX adoptan posiciones que, aun en su peculiaridad, tienen en común su rechazo al *cognoscitivismo* o *formalismo* interpretativo.

He señalado, además, que el *cognoscitivismo interpretativo* —locución preferible por su transparencia a la más común pero opaca expresión *formalismo interpretativo*— es la idea según la cual la interpretación de los documentos legislativos, quien fuera que la realice y cual sea su contexto y/o el fin, es —o, en todo caso, puede ser— una actividad (en algún sentido) *cognoscitiva* y, por tanto, *no* volitiva, *no* creativa, *no* arbitraria, sino *técnica, avalorativa*, políticamente *no comprometida*.

Según una posición extendida entre los estudiosos, el cognoscitivismo interpretativo constituye uno de los legados más perniciosos de la cultura jurídica decimonónica. En efecto, destacan del siglo XIX las dos "teorías" que representan los arquetipos del cognoscitivismo hermenéutico contemporáneo, al menos para la cultura romanista continental: la teoría de la Escuela de la exégesis y la teoría de la Escuela histórica del derecho.

En este capítulo, expondré brevemente los principales aspectos de las dos concepciones, intentando presentar de ellas, en la medida de lo posible, una imagen justa y alejada de las representaciones tradicionales y estereotipadas que se ofrecen a veces. Presentaré, además, una sucinta reconstrucción de las ideas de Ihering y de Windscheid referidas a la interpretación y al método jurídico, de modo que el reconocimiento de la herencia del siglo XIX incluya, por lo menos, a las figuras más influyentes.

Anticipando algunos resultados de mis investigaciones, considero que es posible afirmar lo siguiente:

1. Las "teorías" examinadas son esencialmente discursos de *metodología hermenéutica prescriptiva*, que contienen instrucciones (directivas, reglas) sobre lo que un buen intérprete *debe*, *no debe*, *puede* hacer; por el contrario, no se trata de discursos de *metodología hermenéutica descriptiva*, referidos a lo que un intérprete de materiales jurídicos *de hecho* hace —y, dadas las circunstancias, *no puede no* hacer—;
2. Entre los presupuestos de estas metodologías prescriptivas no se encuentra una meditada *teoría cognitivista* de la interpretación sino, más simplemente, una *noción cognitivista* de interpretación. Esta noción, en lugar de ser el resultado de una indagación genuinamente teórica sobre el fenómeno de la interpretación jurídica, es el reflejo, la variable dependiente, de prejuicios ideológicos acerca del rol "técnico", "científico", políticamente neutro que la doctrina jurídica debe desarrollar en relación con cualquier derecho positivo;

3. Viéndolo bien, el núcleo de las críticas que los teóricos del siglo XX han dirigido al cognoscitivismo interpretativo decimonónico no consiste, por tanto, en la propuesta de sustituir una mala *teoría* —falsa, mistificadora, engañosa— con *otra teoría*, buena en tanto que se ajusta mejor a la presumible realidad de los hechos y dotada de una apreciable capacidad explicativa. Consiste, más bien, en la exigencia de elaborar finalmente genuinas teorías de la interpretación, ahí donde no había alguna digna de tal nombre —por supuesto, según los presupuestos epistemológicos que acogieron en su momento—. Al respecto, resultan particularmente indicativas del renovado clima del siglo XX algunas frases que Hans Kelsen formula en el "Prefacio" a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, publicada en 1934:

"Mi finalidad ha sido desde el primer momento elevar la jurisprudencia (*Jurisprudenz*), que en formas más o menos encubiertas se disolvía casi enteramente en razonamientos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia [...] Se trataba de desarrollar sus tendencias dirigidas no ya a la creación (*Gestaltung*), sino excluyentemente al conocimiento del derecho, y de acercar en lo posible sus resultados al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud"[363]. (Cursivas agregadas).

Una última anotación. El rechazo del cognoscitivismo por parte de la cultura jurídica del siglo XX no ha sido total ni definitivo. En efecto, en la segunda mitad del siglo hemos asistido —como veremos en el segundo volumen— al desarrollo de una influyente *teoría cuasicognoscitivista* de la interpretación: la denominada teoría "mixta", "ecléctica" o "de la vigilia", sostenida por Herbert Hart y Genaro Carrió, entre otros acreditados estudiosos[364].

2. DOS COGNOSCITIVISMOS DEL SIGLO XVII

El cognoscitivismo interpretativo, al igual que el imperativismo (Cfr. cap. I, § 8; cap. II, § 1), no es una invención del pensamiento jurídico decimonónico.

---

363 KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 41.

364 Cfr. HART, H.L.A. *The Concept of Law*, cap. VII; CARRIÓ, G.R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, parte II. Para una crítica de la teoría ecléctica, cfr., por ejemplo, CHIASSONI, P. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, pp. 141-147; GUASTINI, R. *Interpretare e argomentare*, pp. 407-431.

Queriendo delinear un mapa, aunque aproximativo, de las distintas posiciones cognoscitivistas en la cultura jurídica occidental moderna (grosso modo, desde el siglo XVII, en delante), la principal distinción debe trazarse entre dos familias de cognoscitivismos: de un lado, las concepciones cognoscitivistas vinculadas a una concepción voluntarista del derecho, que llamaré cognoscitivismos interpretativos *voluntaristas*; del otro, las concepciones cognoscitivistas vinculadas a una concepción organicista del derecho, que llamaré cognoscitivismos interpretativos *organicistas*.

El más ilustre exponente del *cognoscitivismo organicista* ha sido Friedrich Carl von Savigny (sobre cuya filosofía del derecho positivo, Cfr. cap. III, § 2). Su teoría de la interpretación —formulada esencialmente en el primer volumen del *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema del derecho romano actual)— constituyó un punto de partida obligado para las sucesivas elaboraciones sobre la materia, no solo en Alemania, donde su influencia fue enorme, sino también en los países de tradición romanista. En virtud de ello, expondré a continuación, aunque sea brevemente, no ya la teoría de la interpretación de la Escuela histórica sino, más limitadamente, la de Savigny (*además* § 4).

Veremos, por otra parte, cómo el organicismo hermenéutico de Savigny —y, con las debidas diferencias, las metodologías de Ihering y de Windscheid tributarias de aquél— conlleva, en el detalle de los respectivos códigos hermenéuticos, *no* ya la *eliminación* del recurso a la *intención* (*subjetiva*) del legislador, sino su *sometimiento* al recurso del *espíritu* (*objetivo*) del derecho. En otros términos, conlleva la subordinación de la denominada interpretación subjetiva a la denominada interpretación objetiva de la ley.

En relación con el *cognoscitivismo voluntarista* es posible distinguir entre un cognoscitivismo *iusnaturalista* y un cognoscitivismo (*ius*) *positivista*.

El *cognoscitivismo iusnaturalista*, como veremos en este parágrafo, tuvo sus más ilustres exponentes en el siglo XVII. Sin embargo, la influencia de este enfoque se advierte durante todo el siglo XVIII, y está presente entre los redactores del primer código civil moderno, el Code Napoléon, como se advierte, por ejemplo, en el *Discours préliminaire sur le projet du code civil* (Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil) de Jean Etienne Marie Portalis, publicado en 1803.

Por el contrario, el *cognoscitivismo positivista*, como veremos en el parágrafo siguiente, tuvo sus principales exponentes en los juristas de la Escuela de la exégesis.

2.1. Algunos presupuestos ideológicos

Las principales ideas comunes a los cognoscitivistas iusnaturalistas del siglo XVII pueden ser resumidas, de modo esquemático, como sigue:

1. El comportamiento de los seres humanos está regulado por leyes de tres distintos tipos: las leyes naturales, las leyes reveladas y las leyes civiles.
2. Tales leyes son el resultado de *actos de voluntad*, son expresiones de una voluntad: que es la voluntad divina en el caso de las leyes y/o del derecho natural; es, nuevamente, la voluntad divina en el caso de las leyes divinas reveladas (piénsese en la revelación del Decálogo sobre el Monte Sinaí); es, finalmente, una voluntad humana —usualmente, la voluntad del legislador soberano— en el caso de las leyes positivas civiles.
3. Para que puedan ser conocidas y observadas por sus destinatarios, las leyes, sean estas naturales o positivas, deben ser *publicadas*.
4. Las leyes naturales son publicadas por la divinidad en un sentido solo metafórico; en efecto, para darlas a conocer a sus destinatarios (es decir, a cada persona en cuanto tal), la divinidad no recurre a comunicaciones lingüísticas, como para sus leyes reveladas, sino que las *inscribe* en la naturaleza y, en particular, en la naturaleza del hombre.
5. El conocimiento de las leyes naturales solo puede ocurrir a través del uso de la razón. En concreto, se trata de captar, mediante el uso de la razón, cuáles son las características esenciales del hombre y, por tanto, siempre a través de la razón, identificar qué normas son adecuadas en relación con tales rasgos esenciales. De hecho, tales normas coincidirán con las normas del derecho natural, en virtud del siguiente razonamiento (que, como se ha visto, se encuentra aún, reformulado en términos utilitaristas, en John Austin: cfr. cap. II, § 2.2): si la naturaleza humana presenta determinadas características (y no otras) y si el hombre ha sido creado por la divinidad, se debe concluir que las normas dictadas por la divinidad para los seres humanos son conformes con tal naturaleza, es decir, que promueven o secundan las inclinaciones naturales; si no fuese así, si las normas del derecho natural fuesen incompatibles con las inclinaciones naturales de los humanos, se debería concluir entonces, de forma absurda, que la divinidad es malvada o irracional.
   Por ejemplo: si la naturaleza del hombre —según un (opinable) juicio que se suele considerar autoevidente (es decir, evidentemente verdadero

y, por tanto, que no necesita de prueba)— consiste en ser el hombre un animal racional y sociable, dotado de la tendencia a vivir con sus semejantes en sociedades pacíficas y ordenadas, entonces las primeras leyes de naturaleza serán —y no podrán sino ser— del siguiente tenor: "se debe hacer todo aquello que favorece a la institución y a la conservación de sociedades pacíficas y ordenadas" y, a la inversa, "se debe evitar todo aquello que daña a la institución y a la conservación de sociedades pacíficas y ordenadas".

Sería erróneo, finalmente, considerar que sean conformes al derecho natural los comportamientos que, de hecho, los hombres tienen desde tiempos inmemoriales. En efecto, las costumbres varían, de forma manifiesta, de lugar en lugar; en cambio, la ley natural es universal, es única e idéntica para todos los hombres —y sería tal, como sostiene Hugo Grocio (1583-1645), incluso si suponemos la inexistencia de dios o su indiferencia hacia los asuntos humanos ("*etiamsi daremur quod non esset Deum aut non curari ab eo negotia humana*")[365].

6. Las leyes civiles son comunicadas por el soberano a sus destinatarios (los súbditos), mediante enunciados, formulados según el léxico y las reglas gramaticales de una lengua natural cualquiera, y hechos públicos según ciertas modalidades
7. Si, por lo tanto, las leyes civiles no son sino el producto de actos de voluntad del soberano, su interpretación:
   (a) Es —y no puede sino ser— una actividad que versa, bien vistas las cosas, no tanto, o no solo, sobre las palabras de las leyes, sino también sobre la *voluntad* y/o sobre la *intención* (diríamos hoy) comunicativa del legislador, que se ha expresado mediante aquellas palabras;
   (b) Es una actividad *cognoscitiva*, ya que se trata de conocer un objeto (que se supone) bien delimitado: lo que el soberano ha *querido* ordenar, promulgando una cierta ley, al igual que, en el caso de la interpretación de un contrato o de un testamento, se trata de acertar cual haya sido la común intención de las partes o la voluntad del testador.

---

365 GROZIO, U. *De iure belli ac pacis*, "Prolegomena", § 11.

Si, sea por una segura convicción o como un ejercicio mental, se aceptan los presupuestos ideológicos ahora enumerados y, en particular, aquellos relativos a las leyes civiles y a la naturaleza y al fin de su interpretación, surge espontáneamente hacerse una pregunta: ¿Cómo se hace para *conocer* la voluntad del legislador?

Al respecto, los cognoscitivistas —sin plantearse exactamente esta pregunta — generalmente formulan algunas *directivas metodológicas*. Tales directivas son sugeridas, por ejemplo, por Pufendorf y por Leibniz, como veremos ahora. Es oportuno examinar estas directivas pues, a la luz de ellas, debería resultar claro en qué sentido sería posible *conocer* la voluntad del legislador y, por tanto, el *exacto significado* de sus disposiciones normativas.

2.2. El método de Pufendorf

Samuel Pufendorf trata acerca de la interpretación de las leyes en el Capítulo XII del Libro V de su obra mayor, el *De jure naturae et gentium* (1672), conjuntamente con la interpretación de las convenciones —considerando que tales documentos no presentan características tales que justifiquen un tratamiento por separado—. Sin embargo, en esta breve exposición, me limitaré a la interpretación de los documentos legislativos.

1. La finalidad de la interpretación consiste en el *descubrir* el "verdadero significado" de las expresiones utilizadas por el legislador.
2. El *verdadero significado* de las disposiciones legislativas es el significado que el legislador les ha atribuido cuando las ha formulado; es el significado efectivamente querido por el —o conforme a la "intención" del— legislador histórico (diríamos hoy).
3. Para descubrir la verdadera intención del legislador, es necesario desarrollar indagaciones interpretativas de dos tipos:
   - En primer lugar, es necesario desarrollar investigaciones sobre las *palabras* utilizadas por el legislador, considerándolas, primero, aisladamente, y luego en conexión con las otras palabras, lo que Pufendorf denomina "interpretación lexical";
   - En segundo lugar, es necesario formular conjeturas a partir de las palabras mismas y de otros indicios de la verdadera voluntad legislativa, lo que Pufendorf denomina "interpretación conjetural".
4. Las investigaciones sobre las palabras deben comprobar cuál es su significado "propio", entendiendo por *significado propio* ("*propriam*

significationem", locución que se encuentra, aún antes, por ejemplo, en el *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* de Francisco Suárez, aparecido en 1612) no ya el significado etimológico o según el origen de la palabra, sino el significado que la palabra ha asumido en el uso común, si se trata de *verbum vulgi*. Si se trata, sin embargo, de un vocablo especializado —*técnico* o *tecnificado*, diríamos hoy—, es necesario hacer referencia al uso que le viene dado, de hecho, por los cultores de la disciplina a cuyo lenguaje pertenece la palabra.

5. La interpretación lexical puede poner en evidencia algunos problemas que deben ser resueltos recurriendo a la interpretación conjetural. Tales problemas pueden consistir, en particular:
   (a) En la *equivocidad* de los vocablos usados por el legislador;
   (b) En el aparente *carácter absurdo* del significado que, a la luz del significado propio de las palabras usadas por el legislador, parece ser expresado por la disposición interpretada;
   (c) En la eventualidad de que a una disposición, sobre la base del significado propio de las palabras, pareciera corresponderle un sentido que peca por *exceso* o por *defecto*, es decir, que según los casos sea "demasiado amplio" o "demasiado restringido".
6. En estos casos, sostiene Pufendorf, la verdadera intención (comunicativa) del legislador debe ser comprobada de modo conjetural, teniendo en cuenta los siguientes elementos:
   (1) La *naturaleza del fenómeno regulado*, asumiendo que el legislador sea *respetuoso de la naturaleza de las cosas* y que, por tanto, haya querido poner una regla "conforme a la naturaleza", antes que una regla "contraria a la naturaleza" —es decir, diría un jurista contemporáneo, privilegiando la interpretación que puede ser acreditada mediante un argumento "naturalista"[366]—;
   (2) Las *consecuencias prácticas*, los efectos concretos que derivarían de una u otra de las interpretaciones lexicalmente posibles, asumiendo que el legislador sea *razonable* y, por tanto, no pueda haber querido crear una regla dotada de consecuencias absurdas —es decir, diría un jurista contemporáneo, excluyendo las interpretaciones que

[366] Sobre el argumento naturalista, cfr., por ejemplo, TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*, cap. VIII; PELLICCIOLI, L. *Natura delle cose e metodo giuridico*, cap. 5.

pueden ser desacreditadas mediante argumentos consecuencialistas apagógicos o *ab absurdo*—;

(3) Los *otros preceptos* que el legislador ha formulado en distintas partes del mismo documento legislativo, o en distintos documentos legislativos, asumiendo que el legislador sea *sistemático*, es decir, que emplee siempre o tendencialmente un mismo significado para un mismo vocablo y evite las contradicciones entre los propios preceptos —es decir, diría un jurista contemporáneo, privilegiando las interpretaciones que se puede acreditar mediante el argumento de la constancia terminológica y el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica—;

(4) El *bien público*, asumiendo —lo que, ciertamente, Pufendorf considera del todo evidente— que las leyes civiles, por su naturaleza, no son —ni, en consecuencia, deban ser interpretadas como— fines en sí mismas sino que están dirigidas a la realización del bien común, asumiendo así que el legislador está *provisto de fines* y que tales fines son *buenos y justos*;

(5) Los *fines o propósitos manifiestos del legislador*, a la luz de los cuales puede aparecer que la ley "haya dicho de más, o de menos, respecto de aquello que se quería decir con ella" ("*lex magis/minus dixit quam voluit*").

Según Pufendorf, por ejemplo, es pacífico que cuando el dios del *Antiguo Testamento*, en el libro del Éxodo, establece que: "cuando el buey o el asno de un tercero caiga en un pozo y muera, el propietario del pozo debe resarcir al propietario del buey o del asno", tal precepto no vale solo para los casos en los cuales estén involucrados bueyes, asnos y pozos, sino también para cualquier otro caso en el que un animal doméstico perezca a causa de alguna cosa ajena, mal custodiada.

A la luz del catálogo de los preceptos hermenéuticos indicados por Pufendorf, resulta evidente —al menos cuando se asuma una perspectiva de desencantado empirismo— que la investigación de la "verdadera intención" del legislador se resuelve en una serie de operaciones de carácter retórico-argumentativo, justificadas por la adhesión a posiciones ético-normativas de ciencia de la legislación.

En primer lugar, el intérprete pufendorfiano adopta aparentemente una concepción (diríamos hoy) *subjetivista* de la interpretación, como búsqueda de

la verdadera voluntad del autor del documento a interpretar (el denominado *intentio auctoris*), rechazando así, tácitamente, las alternativas constituidas, de un lado, por la llamada interpretación "objetiva", como búsqueda del verdadero significado del documento a interpretar, en sí y por sí mismo considerado (el llamado *intentio operis*); del otro, de la interpretación (que podremos llamar) "subjetiva *a parte interpretis*", que consiste en atribuir al documento interpretado el significado más apropiado a la intención (a los fines, a los valores, a las preferencias) del intérprete mismo (el llamado *intentio lectoris*)[367]. Esta opción, por otra parte, no es sino el obvio reflejo, en sede de metodología interpretativa, de la concepción voluntarista del derecho.

En segundo lugar, el intérprete pufendorfiano asume que el legislador de cuya voluntad se trata, sea un ser virtuoso, en particular, que (i) esté deseoso de estar conforme a la naturaleza de las cosas; (ii) sea razonable; (iii) sea constante en el uso de las palabras; (iv) sea amante de la coherencia y enemigo de las contradicciones; (v) esté deseoso de actuar para el bien común, y no para el bien privado, propio o de otros; (vi) esté provisto de fines y nunca inclinado a dictar leyes inútiles.

Sin embargo, viéndolo bien, actuando así el intérprete pufendorfiano busca no ya la (pretendida) *voluntad psicológica* de un legislador de carne y hueso, sino la *voluntad ficticia* de un legislador idealizado: una voluntad cuyos contenidos coinciden indisolublemente con los contenidos sugeridos por la hipótesis hermenéutica del *buen legislador* y, de modo particular, por los cánones interpretativos recién mencionados[368].

En tercer lugar, como consecuencia de la adhesión a los asuntos antes mencionados, el intérprete pufendorfiano se pone en la búsqueda de la (pretendida) voluntad del legislador histórico, con el fin de realizarla fielmente y, en vista de esto, en presencia de dudas que puedan surgir en el ámbito de la interpretación lexical, considera correcta la interpretación que resulte justificable sobre la base de argumentos naturalistas, y/o apagógico-consecuencialistas, y/o sistemáticos, y/o equitativos (equiparando equidad,

---

367 Cfr. ECO, U., *I limiti dell'interpretazione*, pp. 32-33.

368 Estos perfiles del legislador, que se concretan en otros tantos cánones hermenéuticos que nada tienen que ver con la noción psicológica de "voluntad", son analizados por BOBBIO, N., *Le bon législateur*, pp. 243 ss.

justicia y bien común), y/o teleológicos[369]. Así, se encuentra necesariamente en la condición de tener que elegir entre interpretaciones concurrentes, sobre la base de una escala de valores, que el intérprete mismo no podrá sino construirse, referida al valor comparativo de cada asunto y de cada argumento.

En conclusión: se puede ciertamente *estipular* que la interpretación conjetural sea una actividad que tiene carácter *cognoscitivo*, cuyo resultado represente en cada caso, y *por definición*, el *verdadero* significado de una disposición, correspondiente a la auténtica *voluntad* del legislador; ello, sin embargo, a condición de que siempre se tengan presentes las —muy poco científicas— modalidades de tal "conocimiento".

2.3. El método de Leibniz

El pensamiento de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) es conocido por los juristas, más que por una concepción voluntarista de las leyes, por las siguientes ideas:

a. La idea según la cual los preceptos jurídicos —las "leyes" o *leges*, en el léxico de Leibniz— se pueden oportunamente (re)formular como *entidades lingüísticas*, en concreto, como *proposiciones* (en sentido gramatical) que conectan a un *sujeto* (jurídico) un *predicado* (jurídico).
b. La idea según la cual, si los preceptos jurídicos son (re)formulados como proposiciones claras y concisas, el derecho positivo de cualquier país puede ser reconstruido como un *sistema* lógico-deductivo, cuya base axiomática está constituida por un número relativamente reducido de proposiciones, las cuales expresan, respectivamente las *definiciones* de los términos utilizados en la formulación de los preceptos; los *principios*, o reglas generales, del sistema; y, las *excepciones* a las reglas generales.
c. La idea, vinculada a la anterior, según la cual de las proposiciones de cada sistema jurídico, entendido en los términos señalados, es posible deducir lógicamente las reglas para regular *cualquier* caso concreto. Así, para cada cuestión sería posible encontrar, solo con el auxilio de la lógica, "la" solución jurídicamente "correcta", evitando las dudas, las perplejidades y las obscuridades que, como observa Leibniz, constitu-

[369] Sobre estos argumentos, cfr., por ejemplo, TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cap. VIII.

yen los vicios crónicos de los derechos vigentes, vicios que se buscaba obviar mediante recursos prácticos de dudosa racionalidad, como el principio de "*non liquet*", el recurso a la suerte, el recuso del prudente arbitrio del juzgador o el principio del "punto del amigo" que, en una causa dudosa, asignaba la victoria a la parte "amiga".

d. La idea, implícita en la precedente, según la cual el derecho, en cuanto conjunto de proposiciones formuladas de modo claro y conciso, es un sistema coherente y completo de normas (o "leyes"), de modo que la completitud y la coherencia del derecho serían esencialmente problemas lógicos que pueden resolverse mediante una oportuna formulación o reformulación de las normas jurídicas.

Junto a estas ideas, por las que Leibniz es generalmente etiquetado como un pensador *racionalista* y contrapuesto a pensadores *voluntaritas* e *imperativistas*[370], es necesario destacar también cómo también para Leibniz, al menos desde el punto de vista de su interpretación, las leyes civiles son expresión de una voluntad, en concreto, de la voluntad del soberano.

A la interpretación de las leyes Leibniz dedica el ensayo *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, escrito probablemente poco después de 1670. En él expresa ideas que se pueden resumir esquemáticamente como sigue[371]:

1. Una "ley" y, en particular, cualquier precepto legislativo, es una expresión lingüística, un enunciado, sobre aquello que se debe o no se debe hacer, provista de fuerza obligatoria. En las palabras de Leibniz:

   "*enuntiatio de agendis vel omittendis vim cogendi habens*".

2. La interpretación consiste en el *conocer el verdadero significado* de los enunciados legislativos, es decir, el significado que su autor, el legislador, ha querido atribuirle.

---

370 Cfr. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione del diritto*, cap. III.

371 El ensayo puede leerse en HOBBES, T., *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*; LEIBNIZ, G.W., *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum — De casibus perplexis — Doctrina conditionum — De legum interpretatione*, con un ensayo introductorio de ASCARELLI, T.

3. En cuanto interpretación de un enunciado que es expresión de una voluntad, la interpretación tiene, por tanto y necesariamente, un doble objeto ("*Est autem interpretatio duplex*"); de un lado, versa, y no puede sino versar, sobre las expresiones lingüísticas, sobre palabras o conexiones de palabras —es "*interpretatio dicti*" o, diríamos hoy, *interpretación textual* (*lingüística*, *textual*)—; del otro, versa, y no puede sino versar, sobre la *intención*, o bien sobre la "mente" de quien es el emisor de las expresiones lingüísticas —es "*interpretatio sententiae*", o *interpretación intencional (dianoética)*—.
4. De por sí, incluso en los casos en los que sea posible identificar un significado claro, la interpretación lexical no agota la tarea del intérprete, ya que el legislador podría haber expresado mal su propia intención. Por tanto, sostiene Leibniz, *siempre* es necesario someter los enunciados legislativos también a una interpretación dianoética, que se configura así como el necesario complemento de la interpretación lexical.
5. La interpretación dianoética —que versa propiamente no sobre el enunciado sino sobre la mente (*mens*, *sententia*) del sujeto emisor— no debe, sin embargo, ser utilizada como instrumento para sustituir a la voluntad del emisor la voluntad del intérprete. El intérprete, por el contrario, debe reproducir fielmente y observar la voluntad del legislador tal como ésta es.
6. Para tal fin, la interpretación dianoética debe identificar, sea los factores de naturaleza emotiva, o "pasiones" ("*affectus*"), sea los factores de naturaleza racional, o "razones" ("*rationes*") que, de hecho, han inducido al legislador a promulgar la ley objeto de interpretación.
7. Con respecto a la interpretación de las leyes, por otra parte, el intérprete *debe presumir*, mientras no pruebe lo contrario, que la intención del legislador haya estado determinada únicamente por *factores racionales* y no por factores emotivos que son irracionales por definición.
8. Las razones pueden ser, sin embargo, de dos tipos: razones "verdaderas" y razones "aparentes".
   Son *verdaderas* las razones que habrían movido a un legislador sabio, y que resultan conformes con el derecho natural y con las exigencias momentáneas del estado.

Son, por el contrario, *aparentes* las razones que mueven a un legislador estulto, susceptible de caer en errores, o bien un legislador interesado exclusivamente en la propia utilidad personal.

El error, según Leibniz, es fruto, alternativa o conjuntamente, de prejuicios, vicios lógicos y factores emotivos.

9. Son particularmente delicadas, finalmente, las operaciones fundadas sobre interpretaciones dianoéticas, que consisten en efectuar interpretaciones correctivas —según los casos: extensivas o restrictivas— de los enunciados legislativos.

En tales casos es muy probable que el intérprete, contraviniendo el deber de fidelidad a la intención del legislador, sustituya subrepticiamente la propia voluntad a la de este último

Como conclusión de esta breve exposición del método hermenéutico leibniziano, parece útil fijar algunos puntos y realizar una (sumaria) comparación con las posiciones de Pufendorf:

(1) Ambos autores ponen en el centro de sus reflexiones sobre la interpretación de los documentos legislativos una *noción cognoscitivista* de la actividad interpretativa (la interpretación es *acto de conocimiento*) justificada, en última instancia, por su concepción voluntarista del derecho.

(2) Al igual que Pufendorf, Leibniz formula una serie de criterios con base en los cuales la interpretación puede ser considerada una actividad genuinamente cognoscitiva de la voluntad —en sentido histórico o psicológico— del legislador.

Por otra parte, los criterios pueden ser desatendidos, o usados de modo fraudulento, por los intérpretes. A diferencia de Pufendorf, Leibniz manifiesta consciencia de la eventualidad de que, mientras pretende "verificar" la voluntad del legislador, el intérprete la sustituya por la propia, aprovechando la dificultad de la investigación, la equivocidad de los datos, las apariencias.

(3) Como en Pufendorf, sin embargo, también el uso de los criterios interpretativos de Leibniz está comprometido con opciones ético-normativas; en efecto, este conlleva la adhesión del intérprete a dos presunciones, ambas de impronta iusnaturalista.

De un lado, la presunción, válida hasta probar lo contrario (aunque se trata de una *probatio* casi *diabolica*), de la *racionalidad del legislador*, según la cual el legislador habría legislado movido por *razones*, y no por *pasiones*

De otro lado, la presunción, válida hasta probar lo contrario (aunque también aquí *probatio diabólica*), de la *verdadera racionalidad* del legislador, según la cual el legislador habría legislado movido por *verdaderas razones*, conformes al derecho natural y al bien público, y *no* por razones puramente aparentes.

(4) A diferencia de Pufendorf, la adhesión a una concepción voluntarista de la ley induce a Leibniz a subestimar la interpretación lexical —centrada, como se ha dicho, sobre la letra de la ley— en favor de la interpretación dianoética.

En efecto, a diferencia del intérprete pufendorfiano, el intérprete leibniziano debe recurrir *en todo caso* a la interpretación dianoética, homologa de la interpretación conjetural de Pufendorf. Aparentemente, en cambio, para Pufendorf, el recurso a la interpretación conjetural debe tener lugar *en vía subordinada y subsidiaria*: si, y solo si, el resultado de la interpretación lexical no sea un precepto claro, razonable y de alcance adecuado.

Viéndolo bien, por tanto, la coherente adhesión al voluntarismo termina por ofrecer a los intérpretes un instrumento a través del cual —como Leibniz bien sabe— pueden desatender la letra clara de la ley y sustituir su voluntad a la del legislador, disimulándola como "verdadera" voluntad legislativa.

3. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

Con la locución "Escuela de la exégesis", acuñada por Ernest-Désiré Glasson en 1904, y devenida corriente tras la publicación de la monografía de Julien Bonnecase: *L'École de l'Exégèse en droit civil* se suele designar, indistintamente:

(a) Al conjunto de los juristas franceses y belgas que, en el curso del siglo XIX, se dedicaron a la enseñanza y a la elaboración doctrinal del código civil francés de 1804, el denominado Code Napoléon;

(b) Las doctrinas elaboradas por tales juristas, con particular referencia al *método interpretativo* que propugnaron, y a sus presupuestos teóricos e ideológicos[372].

[372] BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de fois de ses plus illustres répresentants*, II ed., París, 1924.

"Se lo quiera o no —escribe Bonnecase[373]— si ha habido en la ciencia del derecho civil en el siglo XIX una gran Escuela, una Escuela que será el objeto de la historia de nuestra ciencia en este periodo, es *la Escuela de la Exégesis*. Los fragmentos que hemos extraído de las obras de los juristas más celebres, presentándolos como representativos de la Escuela, lo demuestran más allá de toda duda; en efecto, se encuentra en estas obras una concepción común y la idéntica convicción del fundamento de tal concepción".

En el ámbito de la Escuela de la exégesis, por otra parte, se suele distinguir tres generaciones de juristas:

1. Los juristas de la primera generación, cuya formación cultural se remonta a los últimos decenios del antiguo régimen, activos hasta 1825-1830, entre los cuales figuran C. Delvincourt, A. Proudhon, C.-B.-M. Toullier, G.A. Chabot de l'Allier y P.A. Merlin;
2. Los juristas de la segunda generación, activos *grosso modo* entre 1830 y 1880, entre los cuales figuran A. Duranton, C. Demolombe, R.T. Troplong, F. Laurent, F. Mourlon, V. Marcadé, A.M. Demante y, según algunos estudiosos (Bonnecase, Bobbio y Cattaneo), C. Aubry y C. Rau[374];
3. Los juristas de la tercera generación, los últimos partidarios de la Escuela, ya apremiados por el cambio de los tiempos (y por la dogmática alemana), activos entre 1880 y 1900, entre los cuales figuran T. Huc y H. Baudry-Lacantinerie.

Antes de exponer las ideas sobre la interpretación atribuibles, con las debidas precisiones, a los juristas "exegéticos", es necesario señalar las condiciones estructurales en las cuales tales juristas se encontraron laborando y dar cuenta, aunque sea a grandes rasgos, de los principales aspectos de su ideología profesional[375].

---

373 BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, pp. 2-3.

374 *Sed contra*: TARELLO, G., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, pp. 75-77.

375 Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, parte I; BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, cap. I; ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen*, tr. esp., *Teoría de las fuentes del derecho*, pp. 95 ss.; BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 92 ss.; CATTANEO, M.A., *Illuminismo e legislazione*, cap. III;

3.1. Fuentes del derecho e instrucción académica en Francia en el siglo XIX

Todas las condiciones estructurales en las que los juristas de la Escuela de la exégesis tuvieron que trabajar se relacionan, directa o indirectamente, con la vigencia del Code Napoléon, en concreto, con su posición entre las fuentes del derecho civil francés y con la enseñanza académica.

En cuanto a las fuentes del derecho, el Code Napoléon había sustituido, derogándola, toda la regulación previgente de la materia civil, acabando con el particularismo jurídico que había caracterizado el antiguo régimen (Cfr. art. 7 de la ley del 30 Ventoso, año XII).

De un lado, con la entrada en vigor del Code Napoléon había decaído el secular dualismo entre los derechos particulares locales (costumbres y estatutos) y el derecho común, siendo este último supletorio de los primeros y, a su vez, territorialmente variable, según que se encontrase en un país de derecho consuetudinario —en cuyo caso, el derecho común estaba constituido por costumbres generales— o bien en un país de derecho escrito —en cuyo caso, el derecho común estaba constituido por el derecho romano teodosiano-justinianeo[376]—.

Del otro, con la entrada en vigor del Code Napoléon (y, entre 1806 y 1810, de los otros códigos napoleónicos: el código de comercio, el código procesal civil, el código penal, el código procesal penal) había sido definitivamente establecida la preeminencia de la legislación sobre la costumbre, dejando a esta última un rol totalmente marginal entre las fuentes del derecho.

Estos cambios en las fuentes del derecho conllevaron una revolución en el modo de trabajar de los operadores jurídicos.

A diferencia de sus predecesores del antiguo régimen, el jurista, el abogado o el juez francés del siglo XIX, para resolver un caso cualquiera —real o imaginario— no habría tenido más que buscar el derecho en vetustos volúmenes de costumbres locales o generales, en los libros del derecho

---

TARELLO, G., *Scuola dell'Esegesi*, pp. 3-13 del extracto; Id., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, cit.

376 Cfr. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, cap. I.

feudal, en las compilaciones de decretos y privilegios eclesiásticos, en los repertorios de las decisiones de los Parlamentos, en las compilaciones de los supérstites estatutos ciudadanos, en el código de las ordenanzas reales, en las pesadas y esmeradas obras de los doctores, etc.; encontrándose en la necesidad de escoger entre las distintas opiniones, resolver antinomias, y superar ambigüedades e incertidumbres multiplicadas por la pluralidad de las fuentes y de las jurisdicciones concomitantes y concurrentes.

Todo esto pertenecía, irremediablemente, a una época ya concluida. En efecto, el derecho del presente —y, para lo que era posible predecir, del futuro— estaba contenido en un número relativamente circunscrito de enunciados, formulados con un estilo claro e incisivo en cartillas de modestas dimensiones, entre ellos, como el verdadero eje del sistema, el Code Napoléon.

En cuanto a la formación del futuro operador jurídico, el ordenamiento de los estudios universitarios —querido por Napoleón y conservado tras su caída— prescribía que el Code Napoléon y los otros códigos fuesen el objeto inmediato de las lecciones académicas y del aprendizaje de los estudiantes[377].

En este sistema educativo se origina la actitud resumida en la célebre frase, atribuida a Jean-Joseph Bugnet, según la cual:

"No conozco el derecho civil, solo enseño el Code Napoléon"[378].

Tiene este mismo origen, además, la proliferación de obras doctrinales en la forma del *comentario* o del *tratado*.

Los comentarios consistían en el comentario al código civil, artículo por artículo, según el orden del propio código. Tales obras eran consideradas el producto más puro del *método exegético*, a veces denominado también como *método analítico*:

---

377 Sobre este argumento, cfr., FERRANTE, R., *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*; además con particular referencia a la preeminencia de Génova, FERRANTE, R., *Università e cultura giuridica a Genova tra Rivoluzione e Impero*.

378 La frase es citada por GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, p. 30; además por BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, p. 128.

"En el método exegético —escribe Victor–Napoléon Marcadé (citado por J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 187-188)— se sigue el texto paso a paso; se secciona cada artículo para explicarlo frase por frase, palabra por palabra; se precisa, a la luz de lo que precede y de lo que sigue, el sentido y el alcance de cada proposición, de cada término, y se advierte su corrección (*justesse*) o la inexactitud, la utilidad o la insignificancia; tras de ello, una vez que se haya comprendido el artículo considerado en sí mismo, se estudia su concordancia (*harmonie*) o no concordancia con los demás artículos a los que este se refiere, se deducen sus consecuencias, se evidencian sus lagunas. Una vez que se haya procedido así, hombro a hombro con el legislador, cuando se le haya seguido paso tras paso incluso si tomaba un mal camino, es entonces, y solo entonces, que se puede esperar haber captado correctamente su pensamiento".

Con respecto a las obras en forma de tratado, es necesario distinguir aquellas que constituyen el producto de la adopción del denominado *método mixto* de aquellas que, por el contrario, son el fruto del *método sintético*, también denominado *método dogmático* o *método científico*.

Los tratados del primer tipo son obras en las cuales el autor, al exponer las propias interpretaciones del Code Napoléon, sigue solo en parte la división del código en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos.

"He seguido —escribe Jean-Charles–Florent Demolombe (citado por J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 191)— el orden general de los libros y de los títulos del Code Napoléon, tratando, sin embargo, a cada título según el orden que me ha parecido el mejor y más indicado para la demostración y el desarrollo de los principios".

Semejante método —como lo advierte Bonnecase— puede considerarse una simple variante del método analítico.

En los tratados del segundo tipo, por el contrario, la sistemática original del código es enteramente sustituida por una sistemática elaborada por el intérprete:

"En el método dogmático, en el Tratado —escribe aún Marcadé (citado por J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 188-189)—, el autor pone sus divisiones y sus clasificaciones al lado de las del Código; sustituye el camino seguido por el legislador por un camino diferente, que puede ciertamente ser más simple, más lógico y, en suma, mejor pero que, por el solo hecho de no ser el de la ley, presenta dos graves inconvenientes".

Y, precisamente, según Marcadé, esto serían: (a) la posibilidad de equivocarse acerca del "correcto" significado de cada artículo; y, (b) la adquisición de un conocimiento abstracto, suspendido en el aire, de los preceptos del derecho vigente, ya que se aleja del conocimiento de las palabras exactas de los enunciados legislativos y de su colocación en el discurso de las fuentes.

El método sintético —seguido, por ejemplo, por Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau— era, por tanto, percibido por algunos juristas de la Escuela como no conforme a la "verdadera" misión del jurista. Y esta opinión, sea dicha entre paréntesis, parece alentar a la tesis de quienes, como Tarello, considera que Aubry y Rau no deban ser incluidos entre los exponentes de la Escuela de la exégesis sino que deban, por el contrario, ser considerados los iniciadores de la "Escuela científica" que tendrá en François Gény su más ilustre propugnador.

En conclusión: el predominio casi absoluto de la ley —y, ante todo, de los códigos— sobre la costumbre, sea en el ámbito de las fuentes del derecho, sea, en consecuencia, en la formación académica de los operadores jurídicos, hacía de la actividad del jurista, del juez y del abogado una actividad puramente interpretativa de textos autoritativamente fijados.

Paradójicamente, esto no tuvo el efecto de dar vida a una amplia literatura de teoría de la interpretación; por el contrario, en el siglo XIX, son bastante raras las obras de juristas exegéticos específicamente dedicadas al tema. Al respecto, es significativo que François Gény, en relación con el periodo que va desde 1822 a 1899, mencione únicamente tres trabajos: M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois* (París, I ed., 1822; II ed., 1845); G. Delisle, *De l'interprétation juridique* (2 vol., París, 1849); Ch. Brocher, Étude sur les *principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialment du Code civil français* (París, 1862)[379].

Este dato, sin embargo, no debe ser entendido como un signo del desinterés por el argumento; por el contrario, según la opinión del ya mencionado Charles Demolombe, autor de un monumental *Cours de Code Napoléon* en treinta y un volúmenes, cada uno de los numerosos comentarios

[379] Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, p. 26 nota 3; por lo demás, tanto Mailher de Chassat como Delisle, documentan la viciosidad de posiciones cercanas a la metodología interpretativa de la era precedente; sobre Delisle, cfr. FRYDMAN, B. *Le sens des lois*, pp. 36, 401-403.

al Code Napoléon, con sus decenas de tomos, debe ser considerado, a su vez, como un tratado sobre la interpretación del código civil. En efecto, para Demolombe, uno no se ocupa de la interpretación solamente cuando dedica expresamente algunas páginas al tema sino también, y de modo más profundo, cuando se "hace" interpretación:

> "En cuanto a las reglas que deben iluminar y dirigir la interpretación, ellas constituyen el objeto de nuestro curso en su totalidad, y las expondremos en el sucesivo desarrollo de las materias del derecho civil"[380].

3.2. La ideología profesional

Bajo el perfil ideológico —en cuanto al modo de considerar el fenómeno jurídico y de expresarse respecto de él— es posible atribuir a los juristas de la Escuela de la exégesis las siguientes ideas principales:

1. *Carácter positivo y estatal del derecho.* Los juristas de la Escuela de la exégesis no niegan —con las precisiones a las que me referiré— que haya un derecho natural al lado del derecho positivo, que haya leyes naturales al lado de las leyes positivas.

Este modo de ver, según Bonnecase, daría lugar a una contradicción "insubsanable" en la ideología exegética, no siendo posible adherirse al mismo tiempo, sin incurrir en una evidente incoherencia, *sea* a la "noción metafísica del Derecho" —a la idea de un derecho trascendente, que existe independientemente de actos de producción humana, y es superior al derecho positivo—, sea a la "doctrina de carácter estatal de la omnipotencia del legislador"[381].

La contradicción planteada por Bonnecase —quien, sea dicho de paso, era un autor de la Escuela científica y de la revalorización del derecho natural que caracteriza algunos movimientos de pensamiento europeo entre finales del siglo XIX y el primer decenio del siglo XX— subsistiría si, realmente, los juristas exegéticos se adhiriesen a una concepción "metafísica" del derecho natural, sobre la base de los iusnaturalistas antiguos y modernos.

---

380 DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, p. 129.

381 BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, p. 158.

Algunos pasajes de algunos exponentes de la Escuela de la exégesis (el último de los cuales es citado por el propio Bonnecase), sin embargo, sugieren que la pretendida contradicción no existe.

Aparentemente, en efecto, ellos sostienen una concepción de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo que constituye la exacta inversión del paradigma iusnaturalista.

> "El derecho positivo humano —escribe Victor-Napoleón Marcadé (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, París, 1859, pp. 16-17, cursivas agregadas)— es el que deriva de las leyes *creadas* o *consagradas* por la autoridad humana. He dicho *creadas* o *consagradas* ya que, entre las leyes puestas por el hombre, hay algunas que no son sino la *reproducción y la consagración de leyes naturales preexistentes* [...] Los preceptos que componen el derecho divino en su totalidad [...] sean los del derecho natural sean los [...] que provienen de Dios a través de la revelación, forman aquello que llamamos la *Moral*".

Igualmente, Antoine Demante (*Programme du cours de droit civil français*, París, 1838, pp. 3-4), tras haber afirmado solemnemente que las leyes naturales no expresamente "consagradas" por el legislador no deben, solo por ello, considerarse como "rechazadas del orden civil", precisa que:

> "se debe considerar que estas hayan sido preservadas cada vez que *no hayan sido rechazadas* por la letra o por el particular espíritu de la ley positiva".

François Mourlon, finalmente, en algunos pasajes de su *Répétitions écrites sur le Code civil*, citados, como he señalado, por el mismo Bonnecase[382], afirma:

> "Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez, *existe un solo derecho*, el derecho positivo [...] En efecto, las leyes naturales o morales *no son obligatorias* si no en cuanto hayan sido *sancionadas* por la ley escrita [...] Solo al legislador le corresponde el derecho de determinar, entre las reglas tan numerosas y a veces tan controvertidas del derecho natural, cuáles sean a su vez obligatorias [...] Nada está más allá de la ley, y eludir sus disposiciones bajo el pretexto de que contrasta con la equidad natural, no es sino prevaricación. En el ámbito de la jurisprudencia no hay, ni puede

[382] BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, pp. 150-151; además, cfr. TARELLO, G., *La Scuola dell'Esegesi*, p. 84.

haber, *razón más razonable o equidad más equitativa* que la razón y que la equidad de la ley". (Cursivas agregadas).

A la luz de los pasajes precedentes, las opiniones de los juristas de la Escuela de la exégesis acerca de las relaciones entre derecho positivo y derecho natural pueden, aparentemente, ser precisadas como sigue:

(i) Hay un solo derecho "verdadero", y es el *derecho positivo* humano: el derecho producido por autoridades humanas y, señaladamente, por el legislador estatal. Los preceptos de derecho natural pertenecen, por el contrario, a la moral: son "leyes morales" (en tal sentido Marcadé y Mourlon).

(ii) Las normas de derecho positivo humano son, en cuanto tales, obligatorias para los jurisconsultos, los abogados, los jueces y los ciudadanos en general —aparece aquí una clara formulación de la *ideología positivista* (*iuspositivismo ideológico*), como doctrina del deber político, que predica la obediencia al derecho positivo asumiendo su "evidente" o "natural" legitimidad[383]—.

(iii) Por el contrario, las normas del derecho natural son obligatorias si, y solo si: (a) hayan sido expresamente reconocidas por las leyes positivas, que reproducen su contenido (en tal sentido, Marcadé y Mourlon) o, alternativamente, (b) no hayan sido, expresa o tácitamente, rechazadas por las leyes positivas (Demante).

(iv) Como consecuencia de ello, el derecho natural: (a) contrariamente a cuanto es sostenido por los iusnaturalistas, no está *supraordenado* sino *subordinado* al derecho positivo; (b) su vigencia en un ordenamiento positivo solamente puede ser *secundum legem* o, como veremos a continuación (*además* § 3.3), *praeter legem*; en ningún caso, sin embargo, este puede ser *contra legem*. En suma, el derecho natural deviene, en la perspectiva de los juristas exegéticos, el homólogo moderno del antiguo derecho común, según un modo de ver radicado en la cultura romanista.

---

[383] Cfr., sobre el tema, BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 103 ss.; NINO, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, cap. I; además *supra*, cap. II, § 1.

2. *Legalismo*. El derecho positivo coincide, esencialmente, con el conjunto de las leyes positivas, y está bien que así sea. Las leyes, en efecto, ofrecen una regulación de la convivencia axiológica y técnicamente superior respecto de las costumbres y del derecho jurisprudencial. Estas últimas fuentes están fatalmente impregnadas de incertidumbres resultando, por tanto, inadecuadas para asegurar a los ciudadanos el bienestar que se deriva de la certeza del derecho[384].

3. *Voluntarismo psicológico*. Las leyes son la manifestación de la voluntad del legislador histórico, de una voluntad formada y concluida en un momento anterior al juicio, inmutable e, hipotéticamente, susceptible de verificación.

> "(E)l valor atribuido a la intención del legislador en el sistema exegético (*système exégétique*) —observa Bonnecase[385]— no sobresale únicamente en el nivel metodológico sino que concierne a sus propios fundamentos; con ello, se está en presencia de un elemento constitutivo de la doctrina de la Escuela de la Exégesis y no simplemente de su método"[386].

4. *Doctrina de la subordinación de la jurisdicción a la legislación (separación de los poderes)*. En un sistema jurídico centrado sobre la fuente ley, que en los regímenes representativos es expresión de una "voluntad general" manifestada en instituciones parlamentarias, el poder judicial debe ser considerado como subordinado al poder legislativo, que se manifiesta en los documentos legislativos. Al juzgar, los jueces *deben*, por tanto, limitarse a aplicar la ley como ella es, sin modificarla o innovarla.

> "Cuando se dice que el juez está ligado a la ley —escribe François Laurent (*Principii di diritto civile*, 1857, vol. I, Nápoles, 1869, p. 62)— esto significa que este no tiene el derecho de someterla a un control, que no le está permitido examinar si ella está en armonía con los principios de lo justo y de lo injusto que Dios ha esculpido en nuestra conciencia [...] Es inútil

---

384 Cfr. HUSSON, L., *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, p. 116.

385 BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, p. 132; cfr., análogamente, TARELLO, G., *La Scuola dell'Esegesi*, p. 85.

386 Cfr., por ejemplo, LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 12, 22; MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, pp. 101-102.

> insistir sobre un principio que es elemental en nuestro derecho público moderno. La Corte de Casación lo ha formulado enérgicamente en una detención del 25 de mayo de 1814: "No corresponde precisamente a los tribunales [...] enjuiciar la ley; éstos deben aplicarla tal como es, sin que les esté permitido modificarla o restringirla por ninguna consideración, por imperiosa que ésta sea".

5. *Concepción cognoscitivista de la aplicación judicial de las leyes.* La subordinación de los jueces a la ley es un fin alcanzable si, y solo si, la aplicación judicial de las leyes puede ser desarrollada de modo tal que sea una actividad de carácter puramente cognoscitivo (no productivo, no creativo, no discrecional), en la cual el juez acierta (encuentra, descubre) el derecho, acierta (encuentra, descubre) los hechos relevantes de la causa y, luego, simplemente deduce la decisión correcta de tales premisas así determinadas. François Gény menciona la adhesión a este modo de pensar como uno de los principales defectos "*de la méthode traditionelle*", defecto que habría sido exactamente percibido y descrito por un filósofo como L. Liard, en los siguientes términos:

> "El derecho es la ley escrita. Por consiguiente, su misión (de las Facultades de derecho) es enseñar a interpretar la ley. Su método es, por lo tanto, deductivo. Los artículos del código son teoremas, cuyo enlace entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias. El verdadero jurista es un geómetra: la educación puramente jurídica, es puramente dialéctica. La principal misión del magistrado o del abogado, es poner en claro el tejido de los negocios, y relacionarlos con tales o cuales reglas establecidas en las leyes"[387].

La concepción cognoscitivista (o como se suele también decir: "mecanicista" o "logicista") de la jurisdicción constituye el presupuesto teórico de la doctrina de la *subordinación absoluta* y *pasiva* de los jueces a la ley. Si, en efecto, la aplicación puramente "lógica" de las leyes es una ilusión, entonces el correspondiente deber se revela como no susceptible de cumplimiento y, a la luz del adagio "deber implica poder", totalmente ficticio.

Para valorar, yendo más allá de las afirmaciones genéricas, si, en qué términos y en qué medida, los juristas exegéticos los consideraron un ideal

---

387 GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, pp. 54-55.

realmente realizable, será particularmente útil examinar los códigos hermenéuticos que ellos propugnaron, como haremos en breve (*infra* § 3.3).

6. *Completitud de la ley.* Una tesis habitualmente atribuida a los juristas de la Escuela de la exégesis es la tesis de la *completitud de la ley*, la idea según la cual las leyes positivas constituirían un conjunto *completo* de normas, de modo que:

(a) No habría caso para el cual la ley no ofrezca una solución, que el juez no debe hacer sino "encontrarla";

(b) El art. 4 del título preliminar del Code Napoléon atribuye a los jueces un deber —el de no denegar justicia, invocando el "silencio" de la ley—, el cual puede ser efectivamente observado, sin ir más allá de la ley misma[388].

Esta posición ha sido reconocida, por ejemplo, por Norberto Bobbio[389], en el siguiente pasaje del comentario de Demolombe al art. 4 del título preliminar del Code Napoléon:

> "el juez no puede legalmente pretender que la ley no le dé los medios para resolver la causa que le es sometida".

Sin embargo, cualquiera que sea el correcto modo de entender la afirmación de Demolombe, la tesis de la completitud de la ley, tal como ha sido expuesta, no parece atribuible a los juristas exegéticos de distintas generaciones, entre los cuales es posible considerar, por ejemplo, a Toullier, Duranton, Demante y Laurent.

Con base en las opiniones de Portalis, Charles–Bonaventure-Marie Toullier (*Il diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, Napoli, 1837, np. 103) considera totalmente pacífico que las leyes puedan tener lagunas. Ante tal eventualidad, sugiere recurrir, ante todo, al método de la *heterointegración* (según la expresión acuñada por Francesco Carnelutti[390]), sobre la base de la equidad-derecho natural y de la costumbre:

---

388 Cfr., en tal sentido, BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, p. 152; BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, pp. 85, 95-96; TARELLO, G., *La Scuola dell'Esegesi*, pp. 82-83, 85, quien habla de completitud de la "regulación del código" o de "completitud del derecho positivo".

389 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, p. 96.

390 Cfr. BOBBIO, N., *Lacune del diritto*, pp. 99 ss.

> "¿Pero qué regla seguirá el juez en los casos dudosos en los que parece que la ley calla? En primer lugar, *la equidad, con la cual se retorna a la ley natural*, y en segundo lugar, *el uso*, que es el suplemento más natural de las leyes".

Al igual que Toullier, Alexandre Duranton (*Cours de droit français*, París, 1834, p. 21) admite pacíficamente la eventualidad de lagunas en la ley; donde ello ocurra, considera que el juez debe, según los casos, proceder a la (diríamos hoy) *autointegración* o bien a la heterointegración de la regulación legislativa lagunosa:

> "el juez se encuentra frente a dos alternativas para formular su decisión. En primer lugar, puede decidir sobre la base de inducciones a partir de leyes que versan sobre distintos objetos, los que, sin embargo, presentan alguna analogía con el objeto sometido a su decisión [...] En segundo lugar, puede decidir con el auxilio de la razón y de la equidad natural".

La posición de Duranton, cabe notar, da cuenta no ya de su adhesión a la tesis de la *completitud* de las leyes (civiles) sino a la tesis de su *completabilidad*: sea procediendo por analogía, sea mediante la heterointegración, apelando en vía supletoria a su sustrato normativo, en deferencia a la idea de la concordancia entre derecho positivo y derecho natural.

Finalmente, una posición totalmente desencantada es sostenida por François Laurent. Comentando el artículo 4 del título preliminar del código civil francés, Laurent sostiene:

(a) Que las leyes positivas no ofrecen en absoluto una regulación completa de la convivencia social;
(b) Que el artículo 4, lejos de presuponer la completitud del derecho legislativo, presupone, por el contrario, su incompletitud;
(c) Que sobre tal presupuesto, el artículo 4 atribuye a los jueces, aunque sea limitadamente a las controversias singulares sometidas a su conocimiento, un poder de tipo (para)legislativo: el poder de crear la regla para el caso concreto no regulado;
(d) Que, por lo tanto, la actividad de los jueces ante las lagunas de la ley no consiste en absoluto en el simple "hallazgo" de una regulación "ya" presente en ella.

"(E)l Código —escribe Laurent[391]— prohibiendo al juez acudir al legislador, e imponiéndole un deber de juzgar incluso cuando no hubiese ley, no evita sino uno de los inconvenientes que resultan de la insuficiencia de la legislación: si el legislador no es constituido en juez de un proceso, entonces *el juez deviene en legislador*. Es necesario decir con Portalis [Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), uno de los redactores del Code Napoléon, autor del *Discours préliminaire sur le projet de code civil*] que de los dos males los autores del Código han escogido el menor [...] Queda aún que *el artículo 4 confiere a los tribunales un gran poder, y de algún modo una parte del ejercicio del poder legislativo. Cuando la ley es obscura o insuficiente, la decisión del juez tiene un carácter legislativo, en el sentido que es este quien formula la regla antes de aplicarla*". (Cursivas agregadas).

En conclusión: Toullier, Duranton y Laurent concuerdan en que la legislación —incluso la mayor obra redactada, representada por la codificación napoleónica— pueda tener lagunas. Están en desacuerdo, aparentemente, acerca de los modos en los cuales los jueces deben colmar las eventuales lagunas. Los primeros dos juristas toman en consideración fuentes distintas de la legislación, incluido el derecho natural; Laurent, por el contrario, es un partidario de la autointegración del derecho legislativo (como veremos mejor en el § 3.3). En todo caso, sin embargo, ninguna idea ingenua de la completitud "natural" o "lógica" de los ordenamientos jurídicos parece formar parte del aparato conceptual a través del cual estos hábiles y experimentados juristas observaban su derecho. En efecto, el *postulat de la plénitude de la loi écrite*, incluso entre los juristas de la segunda generación como Laurent, debe ser entendido como referido a una completitud, por decirlo así, ya no estática, preconstituida e intrínseca a la ley, sino a una completitud dinámica, construida, metodológica, asegurada por las reglas, no susceptibles de aplicación mecánica, del método jurídico.

3.3. Los códigos interpretativos de los juristas exegéticos

El Code Napoléon no contiene alguna disposición expresamente dedicada a la interpretación e integración de las leyes.

No contiene, en particular, nada similar a los artículos 6 y 7 del *Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (*ABGB*) de 1811, a los artículos

391 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 294.

15 y 16 del *Código civil* del Reino de Cerdeña de 1837, a los artículos 3 y 4 de las disposiciones preliminares del *Código civil* del Reino de Italia de 1865, al artículo 1 del *Código civil* suizo de 1900, a los artículos 12-14 de las disposiciones preliminares del *Código civil* italiano de 1942, etc.

Por ello, generalmente, en los grandes comentarios al código civil francés, el tema de la interpretación es específicamente abordado en el comentario a los artículos 4 y 5 del título preliminar, dos artículos que, sin embargo, solo conciernen a la matera interpretativa de manera indirecta y en virtud de una lectura doctrinal de ellos en tal sentido.

En efecto, la primera de dichas disposiciones establece que:

> "El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia".

Como he señalado, esta disposición ha sido considerada por algunos como uno de los principales fundamentos de la tesis de la completitud de las leyes positivas —o bien, del derecho positivo, en tanto que constituido esencialmente, si no exclusivamente, por leyes—.

La segunda disposición establece, por el contrario, que:

> "Queda prohibido a los jueces pronunciarse, por vía de disposición general y reglamentaria, sobre las causas que se les sometieran".

Está disposición, en cambio, ha sido considerada como dirigida a privar a la jurisprudencia de la autoridad de fuente del derecho, prohibiendo, en particular, considerar a los preceptos generales formulados en las sentencias como normas jurídicas dotadas de fuerza vinculante *erga omnes*.

Dada la ausencia de alguna indicación explícita en el discurso legislativo, las páginas que los juristas exegéticos dedican a la interpretación habitualmente se inspiran (cuando no repiten al pie de la letra) en una serie de disposiciones sobre la interpretación en general que los redactores del Code Napoléon —además del ya mencionado Portalis, Bigot-Préameneau, Maleville y Tronchet— pretendían insertar en el Título V del "Libro preliminar" del código civil, dedicado a la "Aplicación e interpretación de las leyes". Un título que, sin embargo, nunca fue promulgado, por considerarse que la regulación de la interpretación correspondía más a una obra de doctrina que a un documento legislativo.

Con esta premisa, parece posible atribuir a los juristas de la Escuela de la exégesis las siguientes ideas en el tema de la interpretación de la ley:

1. Es necesario distinguir dos tipos de interpretación: la "interpretación doctrinal" o "por vía de doctrina", y la "interpretación auténtica" también denominada "interpretación por vía de legislación" o "interpretación por vía de autoridad" (Cfr. Tit. V, art. 2, segundo párrafo).

2. La *interpretación auténtica* es formulada por el propio legislador mediante un documento legislativo producido de manera sucesiva al documento interpretado, tiene valor obligatorio para todos los destinatarios de la ley interpretada, y su adopción es dejada a la discrecionalidad del propio legislador.

Por otra parte, entre 1790 y 1828, el legislador francés se vio obligado a dar una interpretación auténtica de una ley cuya interpretación hubiese originado un conflicto aparentemente irremediable, en una misma causa entre las mismas partes, entre el Tribunal Supremo y los jueces inferiores.

La idea de que la función propia de la interpretación auténtica fuese remediar situaciones de incertidumbre interpretativa encontraba eco en el Título V del "Libro preliminar", donde se establecía que:

> "La interpretación por vía de autoridad consiste en el resolver las dudas en forma de disposición general y de orden" (art. 2, segundo inciso).

3. La *interpretación doctrinal* es, por el contrario, la interpretación de una ley propuesta por los jueces, los abogados, los juristas, o por los ciudadanos comunes.

Se trata de una interpretación que carece totalmente de fuerza obligatoria, si es formulada por abogados, juristas o ciudadanos particulares, y es obligatoria si es formulada por un juez, únicamente para las partes en el procedimiento concluido por la sentencia en la cual ha sido emitida[392].

Sobre los rasgos de la interpretación doctrinal, las opiniones de los juristas exegéticos no siempre son unánimes.

Por un lado, hay una convergencia sustancial en afirmar —diríamos hoy— la naturaleza esencialmente *cognoscitiva* de la actividad; en otras palabras, hay una convergencia sustancial en reiterar la idea, propia del formalismo o cognoscitivismo interpretativo, según la cual:

---

[392] Cfr. MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, pp. 34 ss.

"Interpretar una ley —como afirma Laurent (*Principios de derecho civil*, p. 302)— consiste en *aprehender su sentido* en su aplicación al caso concreto" (cursivas agregadas).

De un modo aún más incisivo, Demante (*Programme du cours de droit civil français*, p. 5) escribe:

"Sirve de poco conocer los efectos generales (*les effets généraux*) de las leyes, si no se sabe hacer de ellas su *justa aplicación* a los distintos *supuestos de hecho* concretos (*especès*) que pueden presentarse. Y para hacer una correcta aplicación de ellas es necesario, ante todo, captar su *verdadero significado*. Corresponde a la lógica dirigir nuestro intelecto (*esprit*) en la *búsqueda de la verdad*" (cursivas agregadas).

Estas palabras reflejan, aún más claramente aquellas de Laurent, sobre el artículo 2 del no promulgado Título V del "Libro preliminar", según las cuales:

"La interpretación doctrinal consiste en *aferrar el verdadero significado* (*le véritable sens*) de una ley, en su aplicación a un caso particular".

Por el otro lado, sin embargo, hay opiniones divergentes acerca del carácter necesario, o puramente eventual, de la actividad de interpretación.

Algunos juristas exegéticos —por ejemplo: Marcadé y Laurent— consideran que la interpretación doctrinal es una actividad *ineludible* —que debe *necesariamente* tener lugar, cada vez que se pretenda usar una disposición legal—, alejándose así de la posición asumida al respecto por los redactores del Code Napoléon, para quienes, por el contrario:

"Es a menudo necesario interpretar las leyes" (Título V, artículo 2, primer inciso).

Según Laurent, en particular, el carácter ineludible de la interpretación dependería de la "distancia" insalvable entre las leyes, necesariamente abstractas y que formulan "principios", por un lado, y la concreción de los casos, por el otro. De modo que la interpretación constituiría el indispensable acuerdo entre las leyes y los casos, garantizando la oportuna concretización de las primeras[393].

[393] Cfr. LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, pp. 302-303.

Otras juristas exegéticos —por ejemplo: Demante y Mourlon— sostienen, por el contrario, la tesis (conocida hoy en día bajo el rótulo de "doctrina del sentido claro": *doctrine du sens clair*) según la cual "*In claris non fit interpretatio*", es decir, la interpretación doctrinal es necesaria si, pero solo si, el significado de una ley se revela indeterminado:

> "La interpretación consiste —afirma François Mourlon (*Ripetizioni scritte sopra i tre esami del Codice Napoleone*, p. 61)— en *determinar*, con el auxilio del razonamiento, *el verdadero sentido de las leyes obscuras y ambiguas*" (cursivas agregadas).

Ello, en deferencia a un enraizado modo de pensar, que encontraba una autorizada expresión, por ejemplo, en el *Traité de l'interprétation des lois* de Mailher de Chassat, profundamente imbuido por la cultura del derecho común[394].

4. Al igual que para los iusnaturalistas del siglo XVII (Pufendorf y Leibniz, por ejemplo) la interpretación doctrinal versa sobre dos objetos distintos: las *palabras* de las leyes y la *voluntad* del legislador histórico.

Si versa sobre las palabras de las leyes, la interpretación doctrinal consiste, específicamente, en una "interpretación gramatical" de los documentos legislativos.

Si versa, por el contrario, sobre la voluntad del legislador histórico, la interpretación doctrinal consiste, específicamente, en una "interpretación lógica" de los documentos legislativos[395].

En este punto, surgen espontáneamente algunas preguntas: ¿Qué cosa es el "verdadero" significado de una ley? ¿Cómo se hace para distinguir un significado "verdadero" de uno "falso"? ¿Cómo se hace, en otras palabras, para "aferrar", "aprehender", el "verdadero significado" de una disposición legislativa, en vista de su aplicación a un caso concreto? ¿Cómo se debe proceder, además, cuando nos encontremos ante una laguna o a una antinomia? ¿Qué cánones interpretativos es lícito usar, y cómo?

Aparentemente, para los juristas exegéticos, el "verdadero" significado de una disposición legislativa no es un objeto misterioso ni metafísico; por

---

394 Cfr. M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 3.

395 Cfr. LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, pp. 303 ss.; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface.

el contrario, se trata del significado que puede ser atribuido a la disposición a partir de algunas y simples directivas interpretativas.

Por lo demás, no se advierte entre los juristas de la Escuela de la exégesis una perfecta uniformidad de opiniones acerca de las directivas interpretativas a seguir; por ello, procederé del siguiente modo: asumiré como código hermenéutico de partida el conjunto de las directivas que es posible deducir de algunos escritos de François Laurent, poniendo en evidencia, a su vez, las discrepancias entre este y los códigos propugnados por otros eminentes juristas de la Escuela[396]. Además, dado que las directivas interpretativas son instrucciones metodológicas, es decir, preceptos sobre aquello que los intérpretes *deben, no deben* o *pueden* hacer, las formularé como tales, con un lenguaje no siempre fiel, en cuanto a su forma, al original.

Directiva 1.– Deber fundamental de los intérpretes. Todo código interpretativo, sea efectivamente utilizado en la práctica jurídica o simplemente elaborado a título de propuesta metodológica, reposa sobre alguna directiva axiológica fundamental determinada, consciente o inconscientemente suscrita por los juristas. Tal directiva pertenece, generalmente, a una ideología acerca del derecho y del rol de la interpretación, e influye sobre la selección de las otras directivas del código.

Ahora bien, según Laurent, "el primer deber del intérprete" es "ser respetuoso de la ley"[397]. Se trata de un modo de ver compartido también por los otros juristas de la Escuela, si bien, como veremos dentro de poco, Laurent promueve una lectura más rigorosa y exigente.

Directiva 2.– Formas de la interpretación textual. La interpretación textual (una locución que los juristas exegéticos no usan) consiste en obtener *normas explícitas* a partir de disposiciones, es decir, en traducir los *enunciados del legislador* en uno o más enunciados que se asumen como sinónimos de los primeros y representan otras tantas *normas legislativas* explícitas.

Ahora bien, el respeto por la ley exige que se atribuya a las disposiciones su verdadero significado, es decir, el significado correspondiente a la voluntad

---

396 Una presentación panorámica de las reglas del método exegético es ofrecida, también, en GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, pp. 30-36; cfr., además, HUSSON, L., *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, pp. 118 ss.

397 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 37: "Le respect de la loi, tel est le premier devoir de l'interprète".

del legislador (*la volonté du législateur*) que las ha producido. La voluntad del legislador se manifiesta por dos vías: a través del texto de la ley (*le texte de la loi*) y a través del espíritu de la ley (*l'esprit de la loi*)[398]. En consecuencia, con el fin de aferrar el verdadero significado de una (disposición de) ley en su aplicación a los casos concretos, los intérpretes deben recurrir, *en cada caso*, sea a la *interpretación gramatical*, sea a la *interpretación lógica*[399].

Nótese que esta directiva cumple una doble función: de un lado, *selecciona* los instrumentos apropiados para la interpretación textual; del otro,

398 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 12.

399 LAURENT, F., *Principes de droit civil*, cit., § 272; Cfr., también, Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 66. MAILHER DE CHASSAT, M.A., quien escribe sobre la interpretación desde el punto de vista de la tradición prerevolucionaria, igualmente aprueba esta distinción fundamental, trazada originariamente por Quintiliano y luego recuperada por los "juristas modernos", es decir, los juristas de la Escuela de la exégesis (Cfr. MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, pp. 7, 101 ss.). Por otra parte, distingue cinco recursos fundamentales, útiles para identificar el "verdadero significado" de una disposición legislativa: (*i*) la gramática, (*ii*) la retórica (los argumentos retóricos), (*iii*) la lógica, (*iv*) la historia jurídica de la era romana, (*v*) la filosofía moral y el derecho (la razón natural). Entre estas, Mailher de Chassat considera que la gramática, la lógica y la equidad natural son preeminentes. La distinción entre *interpretación gramatical* e *interpretación lógica* era uno de los cimientos de una de las obras más influyentes sobre la interpretación jurídica de la época, ciertamente conocida por los juristas de la Escuela de la exégesis gracias a la traducción francesa, a cargo del mismo Mailher de Chassat: trátase de Anton F. J. THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, Altona, I. ed., 1799 (*Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, II ed., 1810). Thibaut sostenía una concepción peculiar de la "interpretación lógica" que entendía, a la vez, como subjetiva y objetiva: "La interpretación lógica explica el espíritu de las leyes encontrando, en parte, lo que el legislador había tenido en mente y, en parte, sus razones" (§ 6). De modo que, según Thibaut, hay aparentemente tres recursos fundamentales para toda interpretación que quiera conocer el pensamiento expresado por una disposición: la letra (*littera legis*), la finalidad efectiva del legislador (*mens legislatoris*), la razón de ser de la disposición considerada en sí misma (*ratio legis*). Sobre la base de una "ficción" interpretativa, se debe asumir que el legislador haya querido, y entendido, "todo lo que puede ser deducido de la razón de la ley" (§ 3).

regula el uso, prescribiendo interpretar las disposiciones siempre con base en *ambos* instrumentos[400].

Así establecida, la segunda directiva del código hermenéutico de Laurent (en la reconstrucción que intento ofrecer) documenta el rechazo del modo de ver —conocido como "doctrina del significado claro" (*la doctrine du sens clair*)— según la cual el interpretación lógica debe ser considerada un instrumento hermenéutico *subordinado y subsidiario*, al cual recurrir si, y solo si, la interpretación gramatical se haya revelado como no idónea para obtener de la disposición un significado claro y aplicable al caso en cuestión.

Directiva 3.– Interpretación gramatical. La *interpretación gramatical* versa sobre las palabras de las leyes. Bien vista, "la" directiva de la interpretación gramatical se compone, al menos, de tres prescripciones vinculadas:

(*a*) Los vocablos ordinarios, o de uso común, deben ser entendidos en el significado registrado en los mejores diccionarios de la lengua natural pertinente.

(*b*) Los vocablos técnico-jurídicos deben ser entendidos en el significado establecidos para ellos por el legislador, mediante definiciones legislativas ex profesas o, en su defecto, en el sentido que haya sido consagrado por la tradición jurídica.

(*c*) Si un vocablo posee, sea un significado común, sea un significado técnico-jurídico, este último debe ser, en principio, preferido al primero[401].

Como la anterior, esta directiva también cumple una doble función. De un lado, determina los recursos que deben ser utilizados en el ámbito de la interpretación literal o gramatical (los usos lingüísticos comunes, lo usos lingüísticos especiales, las definiciones legislativas, las definiciones doctrinales). Del otro, establece un criterio de prioridad (c) para las situaciones de conflicto entre las instrucciones (a) y (b).

---

400 Sobre estos tipos de directivas interpretativas de segundo nivel (de selección y también procesales, respectivamente) Cfr. CHIASSONI, P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 2.

401 En tal sentido AUBRY, RAU, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, citados por GÉNY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 31. Sobre el tema cfr., en general, TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cap. III.

La directiva, en cambio, no provee algún criterio para el caso de vocablos que se hayan revelado equívocos en el ámbito del mismo tipo de discurso: en el discurso ordinario o bien en el discurso técnico-jurídico. Sin embargo, en el nivel del código hermenéutico en su conjunto, el olvido es solo aparente. En efecto, como veremos ahora, una de las funciones de la interpretación lógica consiste, precisamente, en remediar situaciones similares de *impasse* en la interpretación gramatical.

Directiva 4.– Interpretación lógica. La *interpretación lógica* versa sobre el espíritu de la ley (*l'esprit de la loi*): es decir, sobre el sentido de la ley correspondiente al pensamiento del legislador (*la pensée du législateur*), a la intención del legislador (*l'intention du législateur*), al objeto y/o finalidad de la ley (*l'objet de la loi*), o, en sentido estricto, a la voluntad (comunicativa) del legislador (*la volonté du législateur*) en cuanto contrapuesta al texto de la ley y a su sentido gramatical. Se debe recurrir a la interpretación lógica en vista de tres distintos fines:

En primer lugar, con el fin de "vivificar" o "animar" el claro significado gramatical de una disposición, llevando a cabo aquello que los juristas de derecho común solían denominar *interpretatio declarativa* (interpretación declarativa)[402];

En segundo lugar, con el fin de "clarificar" el significado gramatical de una disposición, cada vez que se haya revelado indeterminado (obscuro, equívoco, vago), realizando la interpretación supletoria (*interpretatio suppletiva*)[403];

En tercer lugar, con el fin de "corregir" el claro significado gramatical de una disposición, en caso de que se haya revelado incompatible con la

---

402 Cfr., por ejemplo, HEINECKE, J.G., *Recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, Vratislaviae, 1778, p. 27.

403 Según THIBAUT, A.F.J., *Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, § 7, ésta sería precisamente la situación en la cual hay espacio para la *interpretatio declarativa*. En palabras de Laurent "Si bien el texto pueda ser claro, es necesario animarlo, vivificarlo, recurriendo a la historia, a las discusiones, a los *travaux préparatoires*; con mayor razón, esto es necesario cuando el derecho es obscuro" (LAURENT, F., *Principes de droit civil*, cit., § 274; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 20).

voluntad del legislador, efectuando la interpretación correctiva (*interpretatio correctiva*).

Contra el uso en función correctiva de la interpretación lógica, el artículo 5 del Título V del "Libro preliminar" consagraba la doctrina del significado claro:

> "Cuando una ley es clara, no se necesita eludir su letra so pretexto de penetrar en su espíritu".

En deferencia a esta directiva, Laurent se declara contrario al recurso al espíritu de la ley para corregir el claro significado literal de una disposición, considerando que "el pretendido espíritu de la ley es, en realidad, el espíritu del intérprete"[404]. Sin embargo, Laurent considera oportuno dotar a la doctrina del significado claro de una excepción dictada por consideraciones prudenciales:

> "Es necesario ir más allá. Puede darse el caso de que la letra, aunque clara, no expresa el verdadero pensamiento del legislador. Si esto se *prueba*, ciertamente el espíritu deberá ser preferido al texto, pero es necesario que sea probado, pues ciertamente no es probable que el legislador, incluso hablando claramente, diga lo contrario de lo que ha querido decir. De suceder, pues, será una rara excepción. Incluso entonces la letra debe ceder al espíritu, pero la excepción confirma la regla; *la regla es, por tanto, que la letra clara se identifica con el espíritu de la ley*"[405].

Directiva 5.– Instrumentos de la interpretación lógica. Según Laurent, el espíritu de una ley debe ser identificado sobre la base de tres recursos interpretativos: (*a*) los "trabajos preparatorios" (*travaux préparatoires*), (*b*) la "historia" o "tradición" y, sobre todo, (*c*) los "principios" de derecho; a ser usados según las siguientes instrucciones:

---

404 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 16.

405 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, § 274; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 12-22. Por lo demás, Laurent parece considerar que una eventualidad así es extremamente rara, si no del todo imposible. Para una posición menos rigurosa, cfr., por ejemplo, MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, p. 102.

Trabajos preparatorios

Los *trabajos preparatorios* —en el sentido más extenso del término— incluyen todo el conjunto de los materiales parlamentarios que preceden a la promulgación de una ley: proyectos y diseños de ley, relaciones de expertos, relaciones ministeriales, discusiones sostenidas en las comisiones y en los salones del congreso, etc.

Dando voz a una postura aún difundida en la cultura jurídica continental, Laurent considera que estos materiales deban tener, a lo sumo, un valor secundario y de confirmación en la interpretación de textos de ley indeterminados ("obscuros y dudosos"), por tratarse de materiales dotados de una simple "autoridad de razón" siendo, en la mayoría de veces, inciertos, obscuros, autocontradictorios, de modo que los "sistemas más adversos encuentran sostén" en ellos[406].

Finalmente, de modo coherente con dicha postura de desconfianza, en la perspectiva de Laurent los trabajos preparatorios no pueden en ningún caso ser utilizados para justificar interpretaciones correctivas de textos dotados de un claro significado gramatical[407].

Historia y tradición

En lo que concierne a la historia y a la tradición, combinando expresamente el pensamiento de Portalis con sugerencias de Montesquieu y de Savigny, que le eran conocidas, Laurent afirma:

> "Portalis dice que los Códigos se hacen con el tiempo, que —propiamente hablando— no se les hace en absoluto. Esto es verdad para el derecho en general. Este es uno de los aspectos de la vida; este se desenvuelve, pues, con la vida del pueblo. Así tampoco se comprendería o se comprendería mal el estado político de una nación si se ignorase el origen y el desarrollo de

406 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 309: "Nuestra conclusión es que siempre *es conveniente consultar* los trabajos preparatorios, pero es necesario cuidarse de no ver en ellos una interpretación auténtica del Código. Si se les tomase literalmente, se llegaría a herejías jurídicas"; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 15-16, 22 ss., 36-37.

407 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 22-23, 25, 28, 34 ss.

las instituciones; de esta forma, es imposible conocer el derecho moderno si se ignora el derecho antiguo"[408].

Sin embargo, dicho esto, Laurent considera que, al igual que los *travaux préparatoires*, también la historia —el derecho antiguo y la tradición jurídica, de la cual el Código Napoleón ha extraído buena parte de su contenido— es un recurso interpretativo lleno de incertidumbres y de contradicciones (por ello se ha considerado la necesidad de sustituirla con un código), en el que los intérpretes pueden encontrar un soporte para cualquier resultado interpretativo que pretendan acreditar[409].

En consecuencia, Laurent propone que la historia:

(a) *Deba* ser utilizada únicamente como un recurso útil para superar las dificultades en la interpretación de disposiciones obscuras, dudosas, insuficientes y, por ende, al igual que los trabajos preparatorios, ella

(b) *No deba* ser usada en ningún caso para acreditar interpretaciones que subviertan ("corrijan") el claro significado gramatical de las disposiciones, tanto más si este es sostenido por los principios.

Con respecto, más en general, a la relevancia de la *dimensión cronológica* (del transcurrir del tiempo) en la interpretación de las leyes, Laurent formula dos directivas que, conjuntamente consideradas, parecen dirigidas a *cristalizar la ley*, en el significado que es posible atribuirles a la luz de su contexto de producción, *sea* respecto de la historia pasada, *sea* respecto de la experiencia futura.

La *primera directiva* prescribe evitar recurrir acríticamente a la hipótesis (diríamos hoy) del *legislador conservador*, y al correspondiente *argumento histórico*[410], sosteniendo que el legislador habría conservado, aunque con nuevas fórmulas:

"todo lo que los antiguos jurisconsultos han dicho".

---

408 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, pp. 307-308.

409 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 38-39, 40 ss., 50-51.

410 Sobre el cual cfr., por ejemplo, TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cap. VIII.

Por lo tanto, esta directiva se resuelve en una presunción contraria, por decirlo así, del gobierno de los muertos sobre los vivos[411]; su blanco era la presunción opuesta, difundida entre los intérpretes de la época del *ancien régime*, según la cual se presumía, hasta probar lo contrario, que las leyes no innovasen nunca, no fuesen nunca incompatibles, respecto del derecho previgente, representado por el *ius commune*[412].

La *segunda directiva* se resuelve, por el contrario, desde el punto de vista de un jurista del siglo XX, en una prohibición de *interpretación evolutiva*:

> "No se debe [...] descartar las antiguas doctrinas en nombre de nuestras ideas modernas, introduciendo en los textos un espíritu que les es extraño. Es esta última tendencia la que ha de ser más temida pues cedemos a ella de buena gana; *si el intérprete no está prevenido contra esta necesidad de progreso*, éste terminará por volverse en el legislador modificando la ley, haciéndole si necesario violencia. Él *debe señalar las lagunas*, pero no le corresponde colmarlas; él debe señalar los *defectos*, pero no le corresponde corregir la obra del legislador"[413]. (Cursivas agregadas).

---

411 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 51.

412 Sobre el tema, véase la critica que Laurent dirige a Merlin: LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 89 ss. Sobre la presunción tradicional cfr., por ejemplo, MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, p. 281, donde se afirma, como "Regla II" ("Règle II") de la interpretación doctrinal, que "Interpretatio illa capienda semper, per quam ad jus commune reducimur, quae juri communi convenit, et per quam juris communis correctio vitatur, et per quam jus communis minùs offenditur, et per quam minimè receditur à jure communi". Sin embargo, Mailher de Chassat, además señala una excepción a dicha regla: ella no vale, en particular, cada vez que "primaevus status et antiqua natura rei prorsus et in totum mutata sit et extincta". En el final de su tratado, Mailher de Chassat registra cien "Régles générales d'interprétation", obtenidas de la tradición del *ius commune* (derecho romano justinianeo, civilistas, canonistas, etc.), y relativas a la interpretación doctrinal. Las reglas componen un conjunto caótico, que se presta para favorecer cualquier resultado que convenga a los intérpretes; sin embargo, Mailher de Chassat las exalta como "principios indiscutibles, declarados por la razón universal, que siempre dirigirán los espíritus sabios, los hombres de buena fe" (p. ii).

413 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 308; cfr. también Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 9, 61 ss. "[L]'humanité —scrive Laurent (p. 65)— se rajeunit sans cesse, c'est une loi de sa vie, et vivre c'est progresser. Mais il y un autre

¿De que "lagunas" se trata? Si se tratase de las mismas lagunas a las que se refiere Laurent, al comentar el artículo 4 del Code Napoléon (cfr. supra, § 3.2.), esta última afirmación suya pareciera contradecir la precedente: los jueces tendrían *y* no tendrían el poder-deber de colmar las lagunas de la ley. No obstante, quizás Laurent alude aquí a un tipo distinto de lagunas, que Alchourrón y Bulygin denominan *lagunas axiológicas*, y que he denominado, en otra ocasión, *lagunas sustitutivas*, consistiendo en la falta de la norma óptima, que el intérprete sustituye a la norma subóptima originariamente vigente[414]. En tales situaciones, en efecto, la ley regula una cierta situación. Tal regulación legal, sin embargo, aparece al intérprete como *inadecuada*: por ejemplo, por ser anacrónica, de modo que el intérprete se dispone a "colmar" la laguna sustituyendo la regulación inadecuada por una regulación adecuada.

El impedimento en relación con la interpretación evolutiva de las disposiciones legislativas constituye, según Gény, uno de los "*vices irrémédiables*" del método interpretativo tradicional, junto con:

(a) La humillación de la actividad de los intérpretes, "sometidos al yugo de los textos" legislativos; y

(b) La mistificación, que consiste en una fidelidad solo aparente a la ley y al pensamiento del legislador bajo la cual se escondería, en cambio, el "más desordenado subjetivismo"[415].

Tal impedimento, de hecho, tendría el efecto —según Gény, dañino— de:

> "estancar el derecho y detener de golpe todo desarrollo de nuevas ideas [...] permaneciendo forzosamente y *del todo* clavados en el *preciso momento de la promulgación de la ley*. Y, cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, no se está autorizado a sobrepasar el horizonte previsto por el legislador, en la época en la cual ha formulado su regla"[416].

élément tout aussi nécessaire, c'est la stabilité; or notre science est conservatrice par excellence, puisqu'elle est traditionnelle; et la conciliation entre le progrès et la conservation est facile. En interprétant la loi, nous n'avons pas le droit d'innover, mais nous avons le devoir de signaler les lacunes et le défauts".

414 Cfr. ALCHOURRÓN, C.E, BULYGIN, E., *Sistemi normativi*, cap. VII; CHIASSONI, P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 3.

415 Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, pp. 64 ss.

416 GÉNY, F., *Méthode d'interprétation*, p. 65.

Principios

Los principios de derecho constituyen, según Laurent, el recurso más confiable para aferrar el espíritu de una ley: pueden ser explícitos e inmediatamente formulados en los códigos, o bien implícitos, que es posible derivar de las disposiciones de ley. Obtienen su última "explicación y justificación" de la "razón y tradición". Se debe, por lo tanto, presumir que la voluntad del legislador sea siempre conforme a los principios de derecho; estos deben constituir, además, el banco de prueba final de la aceptabilidad de las interpretaciones sugeridas por los trabajos preparatorios y por la historia[417].

Otras perspectivas

Hasta aquí Laurent. Otros juristas de la Escuela, sin embargo, parecen propender hacia una actitud más abierta, menos restrictiva, acerca de los instrumentos de la interpretación lógica y, sobre todo, de sus legítimas modalidades de uso, en particular, como instrumentos para acreditar interpretaciones correctivas.

En relación con los "medios" para identificar el "espíritu del legislador", Demante, en algunos pasajes de su *Programme du cours de droit civil français* (pp. 5-6), invita al intérprete a tener cuenta, además (a) de los *preámbulos* de las leyes, (b) de los *trabajos preparatorios*, (c) de la *tradición jurídica*, con particular referencia al derecho romano, (d) *de los derechos extranjeros*, y (e) de las *costumbres*, también (f) el "*sistema*" del discurso legislativo:

> "se lo encuentra [el espíritu del legislador, ndr], sobre todo, en el conjunto de las disposiciones que componen la misma ley, o igualmente en la comparación de una ley con las otras, teniendo en consideración la mayor o menor analogía de las materias. Esta última práctica es particularmente recomendable en relación con las leyes que, como los distintos títulos de nuestros códigos, forman un solo cuerpo de legislación"[418].

---

417 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 17, 29, 39: "Que faire? S'en tenir au texte et aux principes".

418 El pasaje es citado también por BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, p. 136; cfr., además, MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, p. 26; DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, pp. 129-130.

Igualmente, Aubry y Rau incluyen entre los "principales medios" sobre la base de los cuales proceder a la interpretación lógica, además de la interpretación sistemática, fundada, como en Demante, sobre el sistema del derecho positivo ("*le rapprochement du texte à interpréter et des autres dispositions légales relatives à la même matière ou à des matières analogues*") y sobre los principios que se pueden deducir de este:

(a) La *interpretación teleológica*, entendida como "la búsqueda de los motivos y de la finalidad de la ley", en los trabajos preparatorios y en el derecho anterior;

(b) La *interpretación consecuencialista*: "la aprobación de las consecuencias a las cuales conduciría la aplicación de la ley"[419].

Finalmente, otros juristas exegéticos, entre ellos Demolombe y Duranton, atribuyen a la jurisprudencia, y en particular a la de la Corte de Casación, el valor de un ulterior "auxilio" en la identificación del espíritu de la ley[420].

Directiva 6.– Interpretación disociadora. La interpretación disociadora es un tipo de interpretación correctiva. Consiste, precisamente, en enriquecer el discurso legislativo con distinciones no expresamente mencionadas, es decir, que no resultan del tenor literal de las disposiciones. La interpretación disociadora es, por tanto, un tipo de interpretación restrictiva, generalmente justificada apelando a la intención del legislador y/o a la finalidad objetiva de la ley (se suele hablar, al respecto, de *restricción teleológica*). Es también la vía por la cual se introducen excepciones a una regla general, tratándola como norma derogable o, como se suele decir también, "derrotable" o "defectible".

En una terminología necesariamente diferente, Laurent formula dos directivas en el tema de la interpretación disociadora.

En principio, el intérprete debe atenerse al brocardo: "*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*"; esta regla había sido también formulada por los redactores del Code Napoléon, como artículo 7 del precitado Título V del "Libro preliminar" ("*Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas*").

---

419 Cfr. BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, pp. 146-147.

420 Cfr. BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, pp. 139-143.

Sin embargo, una disposición puede ser interpretada teniendo en cuenta una distinción que ella, literalmente entendida, no delinea, si, pero solo si, es posible deducir tal distinción de otras disposiciones legislativas, es decir, en virtud de una denominada "combinación" (*combinato disposto*):

> "¿Por qué el intérprete no puede distinguir? Porque el legislador, al establecer una regla general, manifiesta la voluntad de que se aplique sin limitación alguna; pero si hubiese puesto otra regla que ordena limitar esta disposición general, entonces el intérprete puede y debe distinguir"[421].

En la perspectiva de la más reciente teoría del razonamiento jurídico, las dos directivas indican que, para Laurent, había una sola forma de derrotabilidad normativa compatible con el respecto de la ley: la derrotabilidad "cerrada", relativa a un número que se asume como cerrado y delimitado de excepciones implícitas y fundada sobre la interpretación sistemática[422].

Directiva 7.– Autoridad de la jurisprudencia. En cuanto al argumento autoritativo, o *ab exemplo*, con particular referencia a las opiniones jurisprudenciales, Laurent sugiere una directiva con el siguiente tenor: "Es menester utilizar siempre con espíritu crítico las interpretaciones judiciales precedentes".

La interpretación doctrinal es, en efecto, una actividad *racional*, por tanto, la autoridad de cualquier interpretación siempre está subordinada a su "veracidad" o "racionalidad" (*Veritas, non auctoritas, facit interpretationem*)[423].

No obstante, una opinión distinta al respecto ha sido sostenida, como he señalado antes, por otro eminente representante de la segunda generación de la Escuela: Charles Demolombe.

Es hora de atar algunos cabos. La reconstrucción precedente sugiere algunas conclusiones que no están totalmente en línea con las formas enraizadas de configurar el denominado "método de la exégesis":

1. Según un persistente lugar común, la Escuela de la exégesis se caracterizaría por un código interpretativo centrado sobre dos criterios fundamentales: el criterio del sentido literal de las palabras y el criterio

---

421 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 312.

422 CHIASSONI, P. *La defettibilità nel diritto*, pp. 471 ss.

423 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, t. I, § 281; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 74-76, 84 ss.

de la voluntad del legislador histórico, a ser buscado con el auxilio de los trabajos preparatorios[424].

2. El bagaje de los instrumentos interpretativos previstos por los juristas de la Escuela de la exégesis, sin embargo, parece mucho más completo y articulado.

En primer lugar, la *littera legis* y los trabajos preparatorios no tienen un rol exclusivo ni privilegiado respecto a la identificación de la intención (voluntad, pensamiento) del legislador. La historia y la tradición jurídica, la sistemática legislativa (la disposición de los enunciados legislativos en los códigos), los principios explícitos e implícitos, los fines y las consecuencias de las normas, el derecho extranjero y, no por último, el derecho jurisprudencial son todos recursos de los que se deben servir los intérpretes "en la búsqueda del verdadero significado" de una ley. En los juristas de la Escuela de la exégesis, por lo tanto, la denominada *interpretación subjetiva* (centrada sobre la *intentio auctoris*) no se resuelve exclusivamente en la búsqueda de la *voluntad efectiva* del *legislador histórico,* sino que se dirige, además, a una voluntad *presunta* e *ideal.* Fatalmente, ello implica, a su vez, sobrepasar —aunque de modo inadvertido y también siempre bajo la enseña de la *intentio auctoris*— los frágiles confines más allá de los cuales se abren los dominios nebulosos de la *intentio operis* (la denominada *interpretación objetiva*, centrada sobre el sentido de la ley considerada en sí misma) y de la *intentio interpretis* (*Quod interpreti placet, legis sensus habet vigorem*).

En segundo lugar, los juristas de la Escuela de la exégesis, lejos de constituir un grupo unitario, se dividen *grosso modo* en dos posturas metodológicas.

De un lado, están los partidarios de un *código exegético riguroso*, centrado sobre la interpretación literal y sobre la interpretación sistemática (según el sistema del propio código), que consideran los modos más apropiados para que un intérprete cumpla el deber constitucional del respeto por las leyes positivas. Se oponen, además, a la utilización del espíritu de las leyes —identificado sobre la base de los trabajos preparatorios, de la tradición, de la historia, de la equidad natural— como instrumento para acreditar interpretaciones correctivas, en deferencia a la doctrina del sentido claro de las leyes, *reconsiderada en clave literal-sistemática.*

---

[424] Cfr., por ejemplo, FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, pp. 17 ss.; BARBERIS, M., *Filosofia del diritto*, pp. 36-37.

Del otro lado, están los partidarios de un *código exegético liberal*, centrado sobre el predominio del espíritu de las leyes, que configuran como un recurso plenamente legítimo para acreditar interpretaciones no solo supletorias sino también correctivas.

3. Los códigos hermenéuticos de los juristas exegéticos no ofrecen a los intérpretes férreas directivas metodológicas, es decir, conjuntos de instrumentos rigurosamente definidos y ordenados en secuencias de usos prefijados, tales de conducir siempre a las mismas normas partiendo de las mismas disposiciones. Se trata, por el contrario —como se ha podido constatar— de códigos de instrucciones que dejan a los intérpretes amplios márgenes de maniobra que ellos pueden aprovechar según las respectivas ideologías y habilidades.

4. La divisa interpretativa de la Escuela de la exégesis es generalmente resumida por los críticos y por los historiadores de la cultura jurídica con palabras no muy distintas de aquellas usadas por su contemporáneo Mailher de Chassat:

> "Los métodos generales de interpretación pueden ser considerados como los modos más simples y naturales para *llegar a conocer* el significado de las leyes"[425]. (Cursivas agregadas).

Sin embargo, algunos de los más famosos juristas de la Escuela (Laurent y Demolombe, entre ellos) aparentemente eran conscientes de que las cosas no fueran precisamente así, y —contrariamente a la opinión de Geny, antes mencionada— pretendían informar de esto a sus lectores.

> "La interpretación —escribe Demolombe[426]— puede ser más o menos ingeniosa o sutil, y a veces, incluso, puede atribuir al legislador intenciones que este no había tenido [...] [no importa si, ndr] mejores o peores, *con tal de que no tenga la pretensión de haberlas inventado, de otro modo no sería más una interpretación*". (Cursivas agregadas).

Hasta aquí me he ocupado de la parte de los códigos exegéticos de la Escuela de la exégesis referida a la interpretación textual. Los intérpretes, sin embargo, a menudo deben afrontar problemas ulteriores, como lagunas

---

425 MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, p. 77.

426 Cfr. BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse*, pp. 141-142; Cfr., además, LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 71.

y antinomias (conflictos normativos). Es necesario, entonces, destacar las directivas metodológicas propuestas por Laurent y por los otros juristas "exegéticos" para hacer frente a estas situaciones.

Directiva 8.– Lagunas normativas. El término "lagunas" es notoriamente ambiguo. Con él se puede hacer referencia, sea a situaciones de *casus omissus* (lagunas normativas, lagunas en sentido propio, verdaderas lagunas), sea a situaciones de *casus male inclusus* (lagunas ideológicas, lagunas axiológicas, lagunas aparentes, lagunas *contra legem*). En las situaciones del primer tipo no hay, hipotéticamente, alguna norma que regule específicamente un caso; en las situaciones del segundo tipo, por el contrario, la norma existe, pero es —en la opinión del intérprete— una mala norma, que no debería estar ahí.

En cuanto a las lagunas normativas, Laurent sostiene que los jueces, con el fin de cumplir correctamente con el deber impuesto por el artículo 4 del título preliminar del *Code civil*, deben recurrir a la *analogia legis*, al argumento *a contrario*, a la tradición jurídica y, donde los instrumentos precedentes se revelen inadecuados, a la equidad. Aparentemente, deberían proceder del siguiente modo:

(1) En principio, las lagunas del código deben ser colmadas mediante un razonamiento analógico, a partir de disposiciones precisas del propio código.
(2) Está prohibido el recurso a la analogía cuando la disposición de partida (*a qua*) exprese una norma excepcional.
(3) Por "norma excepcional" se debe entender *sea* la norma de derecho "extraordinario" (*contra rationem juris*), *sea* la norma que simplemente deroga a una norma general.
(4) Sin embargo, si la norma excepcional está, a su vez, justificada por otra norma general, entonces ésta, derogando a la directiva (2), debe considerarse como susceptible de aplicación analógica:

> "A veces la excepción, incluso derogando a una regla, es la aplicación de otra regla de derecho. En este caso la voluntad del legislador no es limitar la disposición excepcional al caso que ella especialmente ha previsto, es más bien un ejemplo que da y, en consecuencia, el intérprete puede y debe admitir la misma decisión en los casos no previstos, pero donde hay el mismo motivo para decidir"[427].

[427] LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 312.

(5) Cuando no se puede recurrir a la analogía, se debe recurrir al argumento *a contrario*.

(6) El recurso al argumento *a contrario*, sin embargo, puede darse si, pero solo si, resulte conforme a los principios generales y no da lugar a absurdos.

Para ilustrar en qué consiste el uso productivo del argumento *a contrario* —Laurent, naturalmente, no se expresa en estos términos, propios de la metodología contemporánea— y cuál sea la razón de ser de la directiva ahora enunciada, Laurent recurre al siguiente ejemplo:

> "El artículo 3 del Código dice: "los *inmuebles*, también aquellos poseídos por extranjeros, son regulados por la ley francesa". Argumentando desde el silencio de la ley, se podría decir: el legislador habla de los *inmuebles* y los somete a la ley francesa, no habla de *muebles*, entonces no los somete a la ley francesa: lo que dice de unos, lo niega para los otros. '*Qui de uno dicit, de altero negat*'. Una interpretación similar conduciría a esta consecuencia supremamente absurda, que la ley francesa no regula los muebles poseídos en Francia por los franceses"[428].

(7) Puede suceder que, en una materia no completamente regulada por la ley, las disposiciones hagan referencia a la tradición jurídica, reclamando, por ejemplo, algún instituto del derecho romano. En tales situaciones, las lagunas deben ser colmadas aplicando las normas pertinentes del derecho antiguo.

(8) Cuando ninguno de los instrumentos precedentes se revele utilizable, las lagunas pueden ser colmadas recurriendo a la equidad: el juez deviene en "ministro de equidad". Laurent considera, sin embargo, que "una hipótesis semejante sería tan rara, que podría eliminarla del tratamiento"[429].

La posición de Laurent se distingue, por tanto, de la postura más tradicional de otros juristas de primera y segunda generación de la Escuela de la exégesis, para quienes la equidad, la razón natural y la costumbre

---

428 LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 313.

429 LAURENT, F., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 57 ss. "[Q]uand le droit a parlé, l'interprète ne peut plus écouter l'équité: le juge n'est point le ministre de l'équité, il est l'organe et l'esclave de la loi".

constituyen, por el contrario, recursos de importancia primaria para colmar las lagunas de la ley (Cfr. antes, § 3.2).

Esto significa que, desde el punto de vista de los operadores del derecho de la época, la tarea de colmar lagunas podía ser realizada sobre la base de conjuntos alternativos de instrumentos (el "código de Laurent", el "código de Toullier", etc.), a utilizarse a placer según las circunstancias.

Directiva 9.– Antinomias. Según Demante (*Programme du cours de droit civil français*, p. 6), en presencia de una antinomia, se debe proceder del siguiente modo:

En primer lugar, el intérprete debe buscar superar la antinomia por vía estrictamente interpretativa; debe, en otros términos, buscar hacer desaparecer la antinomia, reinterpretando de un modo correctivo las disposiciones que, en una primera interpretación, expresan normas incompatibles:

> "Cuando dos leyes parecen contrarias es necesario, ante todo, verificar si el legislador no haya tenido en mente casos distintos; en tal supuesto, para conciliarlas es suficiente aplicar cada ley al supuesto de hecho sobre el que versa".

En segundo lugar, en caso de que la reinterpretación correctiva no sea practicable, el intérprete debe valorar si una de las normas no constituye una excepción respecto de la otra, de modo tal que pueda resolver la antinomia sobre la base del criterio de la *lex specialis*:

> "Es necesario, por ende, ver si una de las dos leyes no sea excepción de la otra, en cuyo caso es evidente que la regla general no puede prevalecer sobre la excepción".

En tercer y último lugar, si ninguno de los dos criterios antes mencionados es utilizable, el intérprete debe resolver la antinomia recurriendo al criterio de la *lex posterior*:

> "Finalmente, si la contradicción es real, está claro que se debe seguir la ley posterior, habiendo ésta abrogado la anterior".

Aparentemente, según Demante, los tres criterios permitirían a los intérpretes superar *en cada caso* una antinomia, sea "verdadera" o "aparente".

Una última consideración. Tratando del argumento *a contrario*, Laurent afirma:

"Por consiguiente, estamos de nuevo en presencia de una regla de interpretación que no tiene nada de absoluto, que ahora es buena, ahora es mala"[430].

Se puede considerar que esta frase de Laurent —lejos de constituir una efímera luz de realismo, en el mar, de otro modo, brumoso del (auto) engaño al que alude Gény— documenta una postura no aislada entre los juristas de la Escuela de la exégesis. Piénsese también en el pasaje de Demolombe citado poco antes. Ello sugiere algunas conclusiones.

(1) Podemos, tal vez, reprochar a los juristas de la Escuela de la exégesis —con la excepción, quizás, de Laurent— haber patrocinado un estilo de razonamiento interpretativo invadido por la retórica de la letra, de los principios y del espíritu de las leyes, para nada eficientes en poner límites efectivos a la discrecionalidad de los intérpretes: un estilo de razonamiento que, sea dicho de paso, no es de ninguna manera, *aquí y ahora*, el pálido recuerdo de una época ya concluida. Parece, sin embargo, que la acusación de cognoscitivismo interpretativo ingenuo o fraudulento debe ser redimensionada.

(2) Queriendo formular un juicio global sobre la metodología interpretativa de la Escuela de la exégesis, este podría consistir en señalar una tensión fundamental entre ingredientes inconciliables.

De un lado, a la luz de aquello que dicen los juristas de la Escuela cuando tratan de la *noción* de interpretación de la ley, parecen considerarla una actividad puramente cognoscitiva —que consiste, como se recordará, en *aferrar* el "verdadero significado" de las disposiciones legislativas en su aplicación a los casos concretos, sugiriendo así que se trata de una actividad de simple *adaequatio intellectus rei*—.

Del otro lado, sin embargo, a la luz de aquello que los juristas de la Escuela dicen cuando tratan de las *reglas* o *directivas interpretativas*, parecen conscientes del hecho de que también el método interpretativo más austero —el análisis literal-sistemático patrocinado por Laurent— reposa sobre las ideologías, los intereses, las posturas de los intérpretes, y está fatalmente influido por ellos. Piénsese, en particular, en la vivificación y en la integración de las normas de ley a la luz de los principios de derecho.

---

[430] LAURENT, F., *Principii di diritto civile*, p. 313.

Por lo tanto, el desencanto metodológico de los juristas de la Escuela de la exégesis parecería desmentir su cognoscitivismo interpretativo conceptual, haciéndolo aparecer por lo que es: una estipulación exterior (superficial), que cumple una función de legitimación.

(3) Quienquiera que configure las ideas sobre la interpretación de la Escuela de la exégesis como un ejemplo de *teoría descriptiva* (de corte cognoscitivista) —que pretendería dar cuenta de qué cosa y cómo es en efecto la interpretación de la ley— equivoca el blanco. Para los juristas de la Escuela el problema capital *ya no era teórico* (de metodología descriptiva), sino *normativo* (de metodología prescriptiva). Un problema que puede ser formulado, *grosso modo*, en los siguientes términos: proyectar un método interpretativo, que fuese el más adecuado posible a la constitución y a la ideología de un estado legislativo de derecho, preservando al mismo tiempo un rol clave para la ciencia jurídica. Para juristas como Laurent esto quería decir frenar, en la medida de lo posible, los caballos indómitos de la interpretación, sometiéndolos al "respeto por la ley". Para otros juristas, como Demolombe, esto quería decir, por el contrario, dejarles la brida suelta, en la medida de lo posible.

4. LA DOCTRINA DE SAVIGNY

La "teoría" de la interpretación de F.C. von Savigny es, esencialmente, un discurso de metodología normativa, elaborado en estrecha conexión con su filosofía jurídica holista, organicista e historicista (sobre la cual Cfr., *supra*, cap. III, § 2). Está formulada en el primer volumen del *Sistema del derecho romano actual*[431]. Se articula en tres partes dedicadas, respectivamente: a la interpretación de "leyes" aisladamente consideradas no-defectuosas; a la interpretación de "leyes defectuosas"; y, a la interpretación de las "fuentes [del derecho] en su conjunto".

[431] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, §§ 32-51; Cfr., también, Id., *Methodologie*, 1802/1803, Id., *Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz*, 1802/1803, además Id., *Methodologie. Zweyter Versuch*, Sommer 1809, publicados en: MAZZACANE, A., (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, pp. 93-104, 143-160, 163-167, 216-228.

4.1. Interpretación de leyes aisladamente consideradas: las directivas del método organicista

El punto de partida de las reflexiones hermenéuticas de Savigny está constituido por un "concepto" de interpretación formulado del siguiente modo:

> "la interpretación es la libre actividad intelectual mediante la cual se (re) conoce la ley en su verdad, se descubre el verdadero pensamiento expresado por las palabras de la ley"[432].

Es oportuno detenerse a examinar brevemente algunos aspectos de este concepto de interpretación.

Al caracterizar la interpretación como "libre actividad intelectual", Savigny alude a la denominada *interpretación doctrinal*, contraponiéndola sea a la interpretación *legal*, o *auténtica*, sea a la interpretación *usual*. No obstante, aun cuando comparten el nombre de "interpretación", ellas serían cosas heterogéneas. En efecto, la interpretación doctrinal es una actividad "científica", que tiene como resultado el conocimiento de las leyes "en su verdad", es decir, el conocimiento del "verdadero" pensamiento contenido en ella. Por el contrario, la interpretación legal y la interpretación usual representan límites normativos a la interpretación doctrinal. Consisten (diríamos hoy) en imponerles a los intérpretes algunas determinadas *interpretaciones-producto* o *interpretaciones resultado*: es decir, en imponerles atribuir a una determinada disposición legislativa sea el significado prescrito por el propio legislador en otra disposición, sea el significado consagrado por el uso.

Savigny caracteriza a la interpretación doctrinal como una actividad puramente cognoscitiva ("científica") que tiene como objeto inmediato las palabras de la ley y como objeto mediato, y primario, el pensamiento que aquellas palabras expresan:

> "Toda ley está destinada a fijar la naturaleza de una relación jurídica, es decir, a expresar un pensamiento (sea este simple o complejo), de modo que la existencia de aquella relación de derecho esté asegurada contra el error y el arbitrio"[433]. (Cursivas agregadas).

---

[432] Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, §§ 32 y 33.

[433] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

La interpretación doctrinal no es una actividad meramente eventual, que pueda tener lugar solo cuando la ley se revele obscura o dudosa, sino que debe tener lugar en cada caso, y consiste (podríamos decir) en un proceso de *identificación hermenéutica*:

> "Para que esta finalidad [de certeza del derecho, ndr] se consiga —escribe Savigny[434]— es necesario que quienes se ocupen de aquella relación de derecho [sobre la cual versa la ley a interpretar, ndr], perciban aquel pensamiento de modo claro y completo. Para ello deben *situarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su mente*. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley. Solo por este medio se llega al conocimiento cierto y completo de la ley y se está en situación de cumplir el objeto que ella se propone". (Cursivas agregadas).

Sin embargo, ¿cómo se hace para reconstruir el verdadero pensamiento expresado en las palabras de la ley? ¿De qué modo el intérprete puede asumir la perspectiva del legislador, de forma que haga renacer la ley en su mente, tal como fue entendida en su tiempo por el legislador? ¿De qué manera puede el intérprete llegar a identificarse con el legislador? A estos problemas Savigny ofrece una respuesta que se suele evocar bajo el rótulo de "la doctrina de los cuatro elementos". A continuación, voy a presentar dicha doctrina, de una manera quizás más clara, en la forma de un código hermenéutico centrado sobre tres directivas fundamentales.

Directiva 1.– La doctrina de los cuatro elementos. Según Savigny, el intérprete debe tener en cuenta, *en cada caso*, "cuatro elementos", que denomina elemento "gramatical", elemento "lógico", elemento "histórico" y elemento "sistemático":

> "Con estos cuatro elementos *el conocimiento del contenido de la ley* está completo. No son, por tanto, cuatro especies de interpretación, entre las que puede elegirse al propio gusto y capricho, sino que son *operaciones distintas, que deben concurrir conjuntamente, si se quiere tener éxito en la interpretación*"[435]. (Cursivas agregadas).

---

434 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

435 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

Los cuatro elementos se corresponden con cuatro tipos de interpretación.

(1) La *interpretación gramatical* versa sobre las palabras usadas por el legislador para transmitir su propio pensamiento.

> "Consiste, por ende, —según Savigny[436]— en la explicación de las reglas del lenguaje observado por el legislador". (Cursivas agregadas).

Por tanto, aparentemente, se trata de una interpretación a la luz de los usos lingüísticos corrientes en el tiempo de la promulgación de la ley.

(2) La *interpretación lógica* consiste en el

> "análisis de la organización del pensamiento y, por ende, de la relación lógica, que mantienen entre sí cada una de sus partes"[437].

(3) La *interpretación histórica* versa sobre el estado de la regulación jurídica de una cierta relación en el momento de la promulgación de la ley que es objeto de interpretación:

> "Sobre aquél estado la ley debió actuar: esta acción y el cambio llevado a cabo por ella en el derecho, es lo que el elemento histórico debe sacar a la luz"[438].

(4) La *interpretación sistemática*, finalmente,

> "se refiere a la íntima conexión que une a todas las instituciones y reglas de derecho en una gran unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto esta conexión como la conexión histórica; por consiguiente, conoceremos por completo su pensamiento, sólo cuando hayamos aprendido en qué relación esta ley [la ley que se trata de interpretar, ndr] esté con todo el sistema del derecho, y cuál eficacia ella deba tener al interior del mismo"[439].

Desde el punto de vista de la historia de la metodología jurídica occidental, la primera directiva de Savigny, más allá de la terminología utilizada,

---

436 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

437 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33. La posición de Savigny sobre el tema es aparentemente la misma que la de los juristas de la Escuela de la exégesis como Demante, Aubry y Rau.

438 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

439 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 33.

prescribe al intérprete dos tipos de *interpretación sistemática*, que reenvían a dos distintas nociones y tipos de sistema.

De un lado, la interpretación lógica tiene aparentemente como su recurso la *lógica de la legislación*: la topografía de las disposiciones legislativas y sus relaciones mutuas, la cual reflexiona el pensamiento del legislador y su estructura. Aquí, entonces, el sistema de referencia es un *sistema artificial proyectado* y diseñado por el legislador.

Del otro lado, la interpretación sistemática (propiamente dicha) tiene como su recurso la *lógica del derecho*: el sistema de las íntimas conexiones entre los institutos jurídicos, que es un sistema ya no artificial y proyectado sino *espontáneo* y *orgánico*.

Por otra parte, los dos sistemas son entendidos como vinculados: en efecto, el intérprete debe presumir que el sistema artificial sea el espejo —aunque parcial y sujeto a la obsolescencia— del sistema espontáneo. La actividad interpretativa es, como se ha visto, un proceso de *identificación* del intérprete con el legislador, que consiste en hacer en reversa el recorrido intelectual del propio legislador: partiendo de su producto final, la ley, y llegando al contexto en el cual maduró su promulgación. Por lo demás, a la luz de los cuatro elementos de la interpretación (y de su concepción del derecho y de sus fuentes), resulta claro que, según Savigny, el proceso de identificación hermenéutica no tiene por objetivo la reconstrucción, como fin en sí mismo, del pensamiento del legislador histórico, cualquiera que fuese. La finalidad última son las normas ("reglas") del instituto del derecho popular, que el legislador, hipotéticamente, ha pretendido celosamente fijar ("demostrar") en formulaciones autoritativas y proveer de sanciones. En efecto, como se ha visto antes (cap. III, § 2), en la perspectiva de Savigny el pensamiento del legislador no es sino la reproducción —o el fiel desarrollo— de un derecho preexistente en la conciencia jurídica del pueblo.

La interpretación doctrinal, tal como es entendida por Savigny, es por tanto una interpretación puramente *objetiva* y no *subjetiva* —en la cual la *intentio auctoris* es asumida como indicador de la *intentio operis*—.

Esta conclusión encuentra ulterior confirmación en la posición que Savigny asume acerca de la relevancia hermenéutica, respectivamente, de la *ratio legis* y de la *occasio legis*. Sobre ellas, según la presente reconstrucción, versan otras dos directivas del código hermenéutico savignyano.

Directiva 2.– Funciones hermenéuticas de la ratio legis. La *ratio legis* es el "motivo" *objetivo* de una norma legislativa y, en cuanto tal, "reconocible" por cualquiera ("y podemos considerar como algo meramente accidental si en algún caso estos [motivos, ndr] permanecen ocultos"). Debe ser cuidadosamente distinguida de la ley singular a la cual concierne. Se trata, en efecto, según los casos:

- del *fundamento normativo* de la ley, es decir, de la "la regla superior de derecho, de la cual la ley es deducción y consecuencia" (*ratio*-justificación normativa); o bien,
- del efecto o finalidad para cuya realización ha sido promulgada la ley (*ratio*-finalidad)[440].

Dicho esto, Savigny considera:

- que la *ratio legis* constituye un recurso útil y confiable en operaciones de (diríamos hoy) *calificación de las normas*: es decir, con el fin de establecer "la naturaleza jurídica" de una norma legal, determinando, por ejemplo, si se trata de una norma común o general (*ius commune*), o bien de una norma especial o excepcional (*ius singulare*);
- que, por el contrario, cuando se trata de la interpretación textual de las disposiciones legislativas, el recurso a la *ratio legis* puede ser hecho pero solo con "gran cuidado", en relación al grado de certeza y de cercanía de la *ratio* al contenido de la ley, y con plena consciencia del riesgo que conlleva sustituir el pensamiento del intérprete al del legislador[441]. Y, en realidad, como veremos en breve, el recurso a la *ratio* constituye, en la metodología de Savigny, uno de los modos —peligrosos y a usarse con cautela— de la interpretación de las *leyes defectuosas*.

Directiva 3.– Recursos prohibidos. La *occasio legis* (literalmente: "ocasión de la ley") entendida en sentido amplio, consiste en los:

---

440 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 34, donde se afirma el carácter relativo de la distinción, pues debe presumirse que, en relación a cada ley, sea la *ratio* en cuanto fundamento, sea la *ratio* en cuanto efecto o finalidad fueron presentes en el pensamiento del legislador.

441 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 34.

"acontecimientos que han sido la ocasión de una ley, pero que hubieran podido dar lugar a medidas diferentes"[442].

Una tercera directiva —por vía de una posible reconstrucción del código interpretativo de Savigny— establece una prohibición en relación con dos recursos hermenéuticos:

- de un lado, la *occasio legis no-determinante*, constituida por las circunstancias, presentes al momento de la promulgación de una ley, que no hayan tenido algún impacto causal determinante sobre la actividad del legislador;
- del otro, los motivos puramente subjetivos, como, por ejemplo, los fines personales y transitorios del legislador[443].

Obscuridades e incongruencias del código savignyano

Bajo una mirada desapasionada, el código hermenéutico de Savigny se presenta viciado de obscuridades e incongruencias.

Obscuridades: tan pronto como se la libera de las imágenes persuasivas que han seducido a generaciones de juristas, la interpretación sistemática, con su apelación a la "íntima" y "orgánica" unidad de los institutos jurídicos, elude cualquier control racional, volviéndose un instrumento idóneo para adscribir preponderancia hermenéutica a cualquier sistemática que, en cada ocasión, consiga el favor de los intérpretes, poniendo así toda la praxis interpretativa al servicio de las elaboraciones doctrinales.

Incongruencias: Savigny muestra preocupación por los peligros conexos al uso de la *ratio legis* como instrumento de interpretación textual. Al respecto, sin embargo, cabe formular dos consideraciones. Ante todo, el recurso a la *ratio legis* —por lo menos cuando ella coincida con otra norma del sistema legislativo (Cfr. *supra*, Directiva 2)— forma parte de la interpretación lógica, que Savigny incluye entre los elementos necesarios de la interpretación. Más allá de este relieve, que quizás podría superarse mediante una interpretación caritativa (*charitable interpretation*) de las palabras de Savigny (sosteniendo, por ejemplo, que la *ratio* pueda ser usada en el ámbito de la interpretación lógica mas no para acreditar interpretaciones

442 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 34.

443 VON SAVIGNY, F.C.., *Sistema del derecho romano actual*, § 34.

correctivas de leyes no-defectuosas), no se puede sino advertir que Savigny mira la paja —los peligros de abusos e invasiones de campo por parte de los intérpretes respecto de la *ratio legis*— pero no parece ver, en cambio, la viga, constituida por el recurso al sistema orgánico de los institutos. Este último instrumento hermenéutico, que corresponde al más importante de los cuatro "elementos" de la interpretación, aparece en cambio mucho más cargado de abusos e invasiones de campo, ya que entrega todo el derecho a las manos de los intérpretes.

La impresión negativa respecto de la metodología interpretativa de Savigny se acrecienta, como veremos ahora, cuando se pasa a considerar en detalle sus posiciones acerca de la interpretación de las leyes defectuosas.

4.2. El intérprete ante las leyes defectuosas

La primera directiva (la doctrina de los cuatro elementos) está referida a los instrumentos de los que Savigny considera necesario servirse para conocer el verdadero contenido de las leyes no defectuosas ("en un estado normal").

Una ley está "en un estado normal" cada vez que resulten satisfechas dos condiciones. La primera es una *condición (que podríamos decir) ontológica*: la formulación ("expresión") de la ley "encierra un pensamiento completo en sí mismo"; la segunda es una *condición (que podríamos decir) epistemológica*: no hay obstáculos que impidan a los intérpretes "reconocer tal pensamiento como el verdadero contenido de la ley"[444].

Por el contrario, una ley es defectuosa cada vez que su formulación se haya revelado como defectuosa bajo el perfil de la condición ontológica ahora mencionada. Esto puede suceder de dos modos distintos: primero, la ley resulta dotada de una "expresión indeterminada", es decir, tal de no transmitir "perfectamente" algún pensamiento (leyes con formulaciones indeterminadas); segundo, la ley resulta dotada de una "expresión errónea", es decir, tal de expresar "inmediatamente" un pensamiento "distinto del verdadero pensamiento de la ley" (leyes con formulaciones inexactas)[445].

En presencia de una ley defectuosa, Savigny considera necesario que se recurra a instrumentos interpretativos adicionales. Así, en la metodología

444 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 35.

445 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 35.

de Savigny, la interpretación textual de las disposiciones legislativas aparece como un proceso que puede tener dos fases.

En la primera fase, necesaria, los intérpretes buscan el verdadero pensamiento expresado por una disposición legislativa sobre la base de los cuatro elementos indicados en la Directiva 1, y con los límites puestos por las Directivas 2 y 3.

Si la búsqueda falla, porque la ley se revela defectuosa, se hace necesaria una segunda fase hermenéutica dirigida a superar los defectos de las formulaciones de las leyes y llegar a su verdadero contenido. Mediante una interpretación caritativa, debido a la reticencia de Savigny sobre el tema, se puede plantear la hipótesis de que, cuando Savigny distingue entre leyes con formulaciones indeterminadas y leyes erróneamente formuladas, tiene en mente situaciones del siguiente tipo:

(a) los cuatro elementos (gramática, lógica, historia, sistema) no permiten traducir una disposición legislativa en una norma jurídica semánticamente determinada (expresión indeterminada);

(b) el elemento gramatical y el elemento lógico conducen, respectivamente, a distintos resultados interpretativos, y los elementos histórico y sistemático no proveen alguna indicación a la luz de la cual, por ejemplo, el significado literal deba ser preferido al significado lógico, o viceversa (expresión errónea).

Surge espontáneamente preguntarse cómo puede suceder que el uso combinado de los cuatro elementos falle, considerando su presumible eficacia interpretativa. Introduciendo la distinción entre leyes no defectuosas y leyes defectuosas, Savigny, sorprendentemente, reduce la potencialidad hermenéutica de los cuatro elementos sugerida en un primer momento, agregando a su código interpretativo una parte que, viéndolo bien, mal se adapta a la primera. De este modo, la metodología interpretativa de Savigny parece ser el producto de la combinación descuidada de sugerencias provenientes de fuentes intelectuales heterogéneas: de un lado, la nueva filosofía romántica, holista, organicista e historicista; del otro, la tradición de la hermenéutica jurídica romanista, con sus modos usuales de configurar los problemas y los procesos interpretativos. A la luz de esto, quizás no es casual que los resúmenes usuales de la "teoría de la interpretación de Savigny" estén centrados sobre la doctrina de los cuatro elementos y dejen en la penumbra la parte relativa a las leyes defectuosas.

Directiva 4.– Instrucciones para la interpretación de las leyes defectuosas. Ante las leyes (que, como resultado de la primera fase, se hubieran revelado como) defectuosas, los intérpretes deben recurrir, en este orden, a tres criterios hermenéuticos.

En primer lugar, deben utilizar el *criterio sistemático* de la "conexión interna de la legislación"; ello consiste, según los casos, en interpretar la "parte imperfecta" de una ley a la luz de las otras partes, o bien en interpretar una ley defectuosa a la luz de las otras leyes.

En segundo lugar, deben utilizar el *criterio teleológico* de la conexión de la ley con su "motivo" o "*ratio*". Este criterio puede revelarse como inadecuado cuando el intérprete considera no poder identificar alguna *ratio* determinada o bien identifique, por el contrario, una pluralidad de motivos divergentes.

En tercer lugar, si los dos criterios precedentes no han permitido al intérprete identificar el verdadero pensamiento de la ley, debe utilizar el *criterio axiológico* del "valor intrínseco del contenido" de la ley, tal cual resulta de su interpretación; es decir, si lo he entendido bien, el intérprete debe *escoger* entre los distintos significados que es posible adscribir alternativamente a una disposición legislativa, aquél que el propio intérprete considera dotado del *mayor valor*, a la luz, presumiblemente, del sistema del derecho.

> "El valor intrínseco del resultado —observa, por otra parte, Savigny[446]— es [...], entre todos los medios, el más peligroso, en cuanto a que el intérprete corre el riesgo de sobrepasar los límites de su oficio e invadir el campo del legislador".

Por esta razón, Savigny considera que los intérpretes no deben utilizar el tercer criterio al interpretar las leyes con formulaciones inexactas.

Directiva 5.– Interpretaciones correctivas. Con respecto a la interpretación de las leyes con formulaciones inexactas, poniendo un ulterior freno a la iniciativa de los intérpretes, Savigny sostiene que deben distinguir cuidadosamente entre la interpretación correctiva "verdadera y propia", que es admisible, de un lado, y la "pseudointerpretación correctiva", que es en cambio inadmisible, del otro.

La primera es genuinamente *interpretación*, ya que consiste en corregir la ley inexactamente formulada, a la luz del verdadero pensamiento de la ley misma.

---

446 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 35.

La segunda es, por el contrario, modificación del derecho, intersticial y espuria, por obra del intérprete. Esta última pretende, en efecto, adecuar la letra de la ley, no ya a su verdadero y efectivo pensamiento, sino a la hipótesis (diríamos hoy) contrafáctica de lo que ella habría podido o debido contener.

Desafortunadamente, dada la total indeterminación de las directivas hermenéuticas propuestas por Savigny, la distinción entre interpretación correctiva genuina y espuria, si bien sea conceptualmente clara, no parece de una fácil utilización práctica. Todo considerado, en efecto, Savigny no provee algún test riguroso para distinguir entre las dos cosas, que no sea, tácitamente, el test de la *communis opinio doctorum* que puede, sin embargo, ser defectuoso.

Los juristas de la Escuela de la exégesis se adhieren a un cognoscitivismo de fachada (nocional), desmentido por sus desencantadas confesiones metodológicas. Savigny, por el contrario, no cede en la presentación y defensa de una concepción cognitivista de la interpretación. La metodología que delinea, sin embargo, presenta obscuridades e incongruencias que comprometen la solidez de su planteamiento.

4.3. La interpretación de las fuentes "en su conjunto": antinomias y lagunas

Además de las leyes singulares —disposiciones legislativas singulares y/o documentos legislativos singulares—, la interpretación versa también sobre el "conjunto de las fuentes del derecho", el cual:

> "forma un todo [...] destinado a la solución de todas las cuestiones que se presentan en el campo del derecho. Para responder a tal finalidad, debe presentar dos rasgos: *Unidad* y *Completitud*"[447].

También en este caso, Savigny distingue entre la interpretación "ordinaria", de un lado, y la interpretación dirigida a remediar el "estado defectuoso del derecho", del otro.

La interpretación *ordinaria* de las fuentes en su conjunto es la actividad que luego será denominada "sistematización" del derecho:

[447] VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 42.

> "El procedimiento ordinario consiste en extraer del conjunto de las fuentes un sistema de derecho. Esta operación es sustancialmente similar a la construcción separadamente de las relaciones e instituciones de derecho, solo que aquí se trata de una construcción mucho más grande. En este vasto conjunto, el motivo de la ley [...] asume una mayor importancia y eficacia, y la ciencia jurídica explica en su más amplia extensión su fuerza organizadora [...] Desde este aspecto, el conjunto de las fuentes [...] puede ser considerado como una sola ley"[448].

Unidad y *completitud*, lejos de ser cualidades exhibidas de modo inmediato por cualquier derecho positivo respecto de cualquier relación, pueden faltar, al menos en un primer examen. En tales casos, nos encontramos, alternativamente: ante una "antinomia" o "contradicción", que Savigny configura en términos de "falta de unidad negativa"; o bien ante una "laguna", que Savigny configura en términos de "falta de unidad positiva".

Directiva 6.– Antinomias. En cuanto a la resolución de las antinomias, Savigny formula las siguientes instrucciones.

En primer lugar, el intérprete debe buscar resolver la antinomia en vía interpretativa: haciéndola desaparecer en cuanto conflicto normativo puramente aparente. Se trata del criterio de la reinterpretación correctiva, propuesto también por Demante (Cfr. *supra*, § 3.3) y conforme a una manera de ver antiquísima que encuentra una clara formulación en el pensamiento jurídico romano.

En segundo lugar, si la contradicción no puede ser eliminada en vía puramente interpretativa, se la debe resolver teniendo en cuenta, en este orden, la "unidad sistemática", la "unidad histórica" y la "unidad orgánica" del derecho.

En la perspectiva de la *unidad sistemática* del derecho, el principal criterio para resolver una antinomia es el *criterio de especialidad* (o, mejor aún, de "excepcionalidad"), según el cual: "la excepción prevalece sobre la regla"[449].

En la perspectiva de la *unidad histórica* del derecho, el principal criterio para resolver una antinomia es el *criterio cronológico*, según el cual: "La ley posterior deroga la ley anterior" ("*Lex posterior derogat legi priori*")[450].

---

448 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 42.

449 Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 44.

450 Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, §§ 42 y 44.

En la perspectiva de la *unidad orgánica* del derecho, finalmente, el principal criterio para resolver una antinomia —que no sea resoluble en ninguno de los modos precedentes— es (diríamos hoy) el *criterio axiológico*, según el cual: "prevalece la regla que resulte mayormente conforme con los principios fundamentales del derecho"[451].

Directiva 7.– Lagunas. En relación con las lagunas, las instrucciones metodológicas de Savigny ponen en evidencia cómo la pretendida completitud del derecho es el reflejo de una exigencia de racionalidad del derecho y es entendida, viéndolo bien, y con las precisiones a las que me referiré en breve (*además* § 7), como la *posibilidad de completitud* del derecho *iuxta propria principia.*

De un lado, Savigny rechaza la heterointegración del derecho positivo, mediante el recurso al derecho natural. Considera, en efecto, como fuera señalado en el capítulo precedente, que el derecho natural, tal como es entendido por los iusnaturalistas del siglo XVII y por los ilustrados, simplemente no existe.

Del otro, Savigny considera que las lagunas puedan ser colmadas mediante la *analogia legis* y el recurso a los principios generales del derecho.

Sobre este punto, parece oportuno dejar la palabra al propio Savigny:

> "Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión de derecho, debemos colmar esta *laguna*, porque el requisito de la *completitud* del derecho es tan esencial como el de la *unidad* [...] La dificultad consiste en saber cómo hemos de conducirnos para llegar a este resultado [...]
>
> La segunda posición [a la que se adhiere Savigny, ndr] considera que nuestro derecho positivo con elementos traídos de sí mismo, en cuanto debe admitirse que él tenga una *fuerza orgánica* en virtud de la cual puede integrarse [...]
>
> Cada aplicación de la analogía tiene como presupuesto la *conexión intrínseca* del derecho [...] Debemos, pues, partir siempre de un dato cierto al fin de llegar a la solución del tema propuesto. Este dato puede ser una ley particular determinada, y entonces se dice que la solución se obtiene *ex argumento legis*; sin embargo, la mayor parte de las veces, aquel dato es

[451] Cfr. VON SAVIGNY, F.C. *Sistema del derecho romano actual*, § 45.

contenido en aquellos elementos de la teoría jurídica que fueron logrados a su vez con el medio artificial de la abstracción [...]

(E)ste procedimiento difiere esencialmente de la interpretación extensiva [...] Esta, en efecto [...] tiene que rectificar por medio del verdadero pensamiento de la ley la inexactitud de la expresión empleada. En el procedimiento por analogía, en cambio, admitimos que falte totalmente el verdadero pensamiento y cualquier disposición de ley, e intentamos reparar a esta ausencia recurriendo a la *unidad orgánica del derecho*"[452]. (Cursivas agregadas).

5. RUDOLF VON IHERING: DE LA INTERPRETACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Se suele distinguir dos fases en la obra de Rudolf von Ihering (1818-1892). De una parte, hay el "primer" Ihering, abogado del método de la construcción jurídica, hasta 1861; de otra parte, hay el "segundo" Ihering, defensor de una concepción instrumental o funcionalista del derecho, y precursor de los movimientos antiformalistas en Europa y en América, desde 1861 en adelante. Aquí me ocuparé únicamente del primer Ihering: el autor del célebre *Geist des römischen Rechts auf die verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo), publicado a partir de 1852, y el fundador, junto con Carl Friedrich von Gerber, en el año 1857, de los "*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*" (Anales para la dogmática del actual derecho privado romano y alemán)[453].

---

452 VON SAVIGNY, F.C., *Sistema del derecho romano actual*, § 46.

453 VON JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf die verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, §§ 3, 43, 46. Sobre Ihering cfr., por ejemplo, WILHELM, W., *La metodologia giuridica nel secolo XIX*, cap. III; LAZZARO, G., *Storia e teoria della costruzione giuridica*, cap. I. Cabe notar que, en el escrito habitualmente considerado el primer documento del segundo periodo, Ihering defiende una interpretación unitaria de su propia obra, sosteniendo que, a diferencia de muchos ilustres colegas, habitantes del oscuro y enrarecido Paraíso de los conceptos jurídicos, él siempre habría entendido que la técnica jurídica y las construcciones dogmáticas nunca deberían olvidar las exigencias prácticas de la vida cotidiana, que constituyen su última razón de ser. Cfr. VON JHERING, R., *Vertrauliche Briefe über die heutige*

De modo abreviado, los puntos más destacados de la metodología jurídica de Ihering pueden ser reconstruidos —según me parece, en aras de una mejor comprensión— como sigue.

1. El punto de partida, que identifica la materia del método jurídico, es una concepción del derecho positivo de clara derivación savignyana. "El derecho —afirma Ihering[454]— [...] es un organismo objetivo de la libertad humana. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que debe su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenando de la historia". Como en Savigny, además, el derecho presenta una parte visible y una invisible. La parte visible está constituida por las normas ("reglas") jurídicas formuladas: es decir, por aquellas normas que han encontrado expresión en la legislación, en la costumbre, en los escritos doctrinales. Estas normas constituyen "el derecho formulado". La parte invisible está constituida, por el contrario, por las "normas latentes": es decir, por aquellas normas jurídicas que esperan ser descubiertas y ser debidamente formuladas para el uso de un pueblo. Estas normas constituyen "el derecho real", respecto del cual el derecho formulado es siempre una representación provisoria, aproximativa, perfectible[455].

Jurisprudenz (*Cartas confidenciales sobre la ciencia jurídica contemporánea*), I, 1861, en: Id., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 14: "Un estudio jurídico que ignora el aspecto práctico del tema es como armar un ingenioso reloj destinado a estar detenido. Aquí lo malo es precisamente haber hecho de la jurisprudencia una especie de zoología, mientras que ella es, más modestamente, el arte de guiar el arado [...] con las bestias que el sistema jurídico nos da". La tesis de la continuidad es afirmada, además, en las primeras páginas de *Der Zweck im Recht* (*El fin del derecho*), la obra paradigmática del "segundo" Ihering, de la que se publicaron tres ediciones distintas entre 1877-1883 y 1898.

454 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 3. Poco después se lee que "El derecho, como creación real objetiva, tal como se nos manifiesta en la forma y en el movimiento de la vida y del comercio exterior, puede ser considerado como un organismo, y en este grado le debemos colocar para hacer de él nuestro completo estudio".

455 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 3: "La diferencia entre el derecho formulado y el derecho real varía según el grado de civilización, mas no se borra nunca ni desaparece por completo. Al menos, hasta ahora, la experiencia ha demostrado que el derecho es un manantial inagotable, de donde la práctica y

2. Acerca de la naturaleza del método jurídico, Ihering se adhiere a una posición de *naturalismo metodológico*. Las directivas metodológicas no son necesariamente los productos arbitrarios o exteriores respecto del objeto de investigación de la reflexión de los metodólogos. Hay, en efecto, directivas metodológicas *verdaderas*: se trata de las directivas "suministradas por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica"[456]. En consecuencia, la tarea de un (buen) metodólogo consiste en sacar a la luz, y dotar de una conveniente formulación, las verdaderas directivas del método jurídico.

Sobre la base de estas premisas, Ihering presenta las instrucciones metodológicas que ahora pasaremos a reseñar, no ya como el fruto de su propia invención sino como dictadas por el derecho mismo, para cualquier experiencia jurídica.

3. El estudio del derecho se presenta en dos variedades fundamentales: el estudio histórico (historia del derecho) y el estudio doctrinal o dogmático (dogmática jurídica, ciencia jurídica, *Jurisprudenz*). Ambas disciplinas corresponden a ramas de actividades genuinamente científicas. Las ciencias naturales representan el estándar universal de cientificidad. Al igual que las ciencias naturales, la historia del derecho y la dogmática jurídica combinan una parte "receptiva" con una parte "productiva". Por vía de la *recepción*, descubren la materia, la sustancia, de un derecho positivo histórico o ac-

---

la teoría extraen sin cesar *reglas subjetivamente nuevas*, es decir, hoy desconocidas; así como las fórmulas de todos los tiempos demuestran, a su vez, que son susceptibles de desarrollo y de perfección [...] las reglas [efectivamente formuladas] no son más que los puntos prácticos, culminantes y externos del derecho, pero que no abarcan y agotan su contenido real ni en intensidad ni en extensión [...] no se debe identificar el derecho de una época cualquiera con sus reglas jurídicas [...] lo que tales reglas nos dan es la conciencia que esta época tenía de su derecho, pero no la del derecho en sí [...] [se debería en consecuencia, ndr] formular de modo más exacto el derecho, o sea las reglas del derecho [ya formuladas], procurando descubrir las reglas latentes". En el segundo periodo de su obra, Ihering criticó la interpretación quietista de la concepción organicista del derecho de Savigny y Puchta: Id., *Der Kampf um's Recht*, 1872, X ed., 1891; tr. esp., *La lucha por el derecho*. México: Porrúa, 2006.

456 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 42.

tual. Por vía de la *producción* ordenan la sustancia del derecho dándole una apropiada forma científica, según los dictámenes del método sistemático-clasificatorio de las ciencias naturales (el "método de la historia natural", en las palabras de Ihering)[457].

4. Con respecto de la dogmática, para la cual la "oposición" entre investigación receptiva e investigación productiva es "verdadera" en "una medida mucho más alta" que para el método de la historia del derecho, la parte receptiva está confiada a investigaciones doctrinales de nivel "inferior" (*jurisprudencia inferior*), mientras que la parte productiva lo está a investigaciones doctrinales de nivel "superior" o "más elevado" (*jurisprudencia superior*)[458].

5. La jurisprudencia inferior tiene la tarea de desarrollar las investigaciones que los juristas de la época del *ius commune* habían acostumbrado contener bajo la etiqueta de la *comprehensio legum.*

En el ámbito de jurisprudencia inferior —según Ihering—, los juristas deben, en efecto, proceder por vía de "interpretación". Esta actividad presenta múltiples aspectos, versa sobre los "materiales legislativos en bruto", e incluye: (*a*) "la explicación de la materia"; (*b*) "la eliminación de las contradicciones aparentes"; (*c*) "la superación de las obscuridades y de las imprecisiones"; (*d*) "el sacar a la luz todo el contenido de la voluntad del legislador", "deduciendo" de las disposiciones singulares y aisladas los principios que constituyan su fundamento, y obteniendo de estos principios todas las consecuencias que derivan de ellos[459].

La interpretación "establece el *verdadero significado de la legislación*, y lo opone a una redacción, sea demasiado restringida, sea demasiado amplia".

---

457 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 3; Id., *Unsere Aufgabe*, 1857, citado por la traducción castellana, *Nuestra tarea*, p. 255.

458 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 3, texto y nota 11. Cfr., sin embargo, Id., *Lettere confidenziali sulla scienza giuridica contemporanea*, que señala el paso a la segunda fase de la obra de Ihering.

459 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46: "*Interpretación*, he aquí en una palabra todo el campo de actividad de la jurisprudencia inferior". Por otra parte, las actividades que se mencionan en (d) en el texto no parecen distinguibles del recurso a la abstracción y a la analogía que caracterizan el trabajo de la jurisprudencia superior en la fase de la simplificación cuantitativa. Cfr. VON IHERING, R., *Nuestra tarea*, pp. 255 ss; Id., *El espíritu del derecho romano*, §§ 3, 46.

La interpretación correctiva es, por tanto, una de las tareas principales que Ihering asigna a la interpretación textual, sobre la base de la dicotomía entre derecho formulado (derecho aparente) y derecho latente (derecho real), y en el ámbito de una concepción cognoscitiva de la interpretación: las disposiciones legislativas *tienen* un verdadero significado, y este puede ser *descubierto* por los juristas mediante la interpretación[460].

Ihering considera que la jurisprudencia inferior es —y debe ser— enteramente *conservadora* respecto de su objeto. En efecto, en relación con el derecho, ella no cambia ni su *contenido* ni "su *forma práctica inmediata*", vale decir, la forma imperativa de las órdenes y de las prohibiciones, que es "la forma regular bajo la cual el derecho aparece en las leyes". La interpretación identifica simplemente el contenido del derecho del modo más cuidadoso en sus "formas inferiores", como un conjunto de normas de dos tipos fundamentales: disposiciones o máximas (reglas de conducta de detalle), y principios generales del derecho[461].

6. La jurisprudencia superior se propone, por el contrario, la finalidad del dominio intelectual sobre el derecho positivo. No es simplemente un modo para echar luz sobre el derecho, sino que transforma el derecho en un conjunto sistemático de "institutos" o "cuerpos" jurídicos, mediante un proceso de "perfeccionamiento de la forma de la materia jurídica" a través de la "simplificación *cuantitativa* y *cualitativa*" de la "masa de los materiales [jurídicos]"[462].

---

460 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46: "Aplicada al derecho, la interpretación no crea nada de nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes". En el célebre ensayo satírico de 1884, *Im Begriffshimmel* (citado por la traducción italiana, *Nel cielo dei concetti giuridici. Grottesco*, en: *Serio e faceto nella giurisprudenza*, pp. 269 ss.) Ihering ofrece una imagen no tan inocente de la interpretación, siendo, de hecho, realizada a través de una "prensa hidráulica-dialéctica" con la cual el intérprete puede, *sea* "inyectar" en los textos de las leyes "conceptos, presupuestos y límites que son totalmente extraños al pensamiento del autor", *sea* "eliminar" cualquier expresión no deseada (por el intérprete) que éstos puedan contener.

461 VON IHERING, R., *Nuestra tarea*, pp. 254 ss.

462 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, §§ 43, 46. En un pasaje significativo, Ihering sostiene que el efecto de la jurisprudencia superior sobre el derecho "no es el de la luz que ilumina sencillamente a los cuerpos; es el del calor

Este proceso es el núcleo de la "técnica jurídica". Esto es así porque, sin una *transfiguración formal* del derecho debidamente conducida, la otra tarea principal de la técnica jurídica, que consiste en "favorecer la certeza y facilitar la aplicación del derecho abstracto a los casos concretos", no podría ser cumplida[463].

Resumiendo: la jurisprudencia inferior provee a la jurisprudencia superior los materiales jurídicos en su forma imperativa. Identifica así la extensión provisoria y superficial de un derecho positivo como un conjunto de *normas explícitas* (disposiciones) e *implícitas* (principios generales). Esto constituye la base normativa a partir de la cual inicia la obra de simplificación que atribuye a la ciencia jurídica su peculiar cientificidad[464]. Veamos con mayor detalle las dos operaciones.

Simplificación cuantitativa. La simplificación cuantitativa se dirige a "disminuir la masa de materiales [jurídicos] sin producir perjuicio —como Ihering se cuida de precisar— en los resultados que se desean alcanzar. Hacer todo lo más posible con el menor número de elementos, tal es la ley. Cuanto más reducido sea el material, más fácil es su manejo" (*ley de economía*)[465].

Ihering considera que la simplificación cuantitativa deba ser obtenida a través de cuatro "operaciones técnicas" fundamentales: (1) el "análisis de la

---

que los hace pasar del estado sólido al de fluido condensable. Rígidos en su estado primitivo, y tales que reducen el arte del jurista a las dimensiones más estrechas, la materia jurídica en cierto modo se vuelve en estado líquido, dejándose moldear y componer; sus fuerzas íntimas y sus cualidades inherentes, que estaban durmientes, son despertadas y puestas en marcha. El método de la historia natural transforma y eleva en su esencia toda la materia jurídica".

463 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 43.

464 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46: "Para construir se debe, ante todo, interpretar: la jurisprudencia inferior es el primer grado indispensable de la jurisprudencia superior. Pero como no es más que el primer grado, la jurisprudencia no debe demorarse más que el tiempo necesario. Sólo en el grado más elevado su tarea y su método vienen a ser especialmente jurídicos, y en él solamente la jurisprudencia adquiere el carácter científico propio que la distingue de las otras ciencias".

465 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 43, § 66: "Esta ley implica la regla de que la jurisprudencia no debe crear medios y principios nuevos para producir lo que puede realizar con ayuda de los medios y principios de que ya es dueña ". Es ésta, en palabras de Ihering, "el arte de usar hábilmente lo que ya existe".

materia"; (2) la "concentración lógica de la materia"; (3) el "ordenamiento sistemático de la materia"; y, (4) la elaboración de una "terminología jurídica".

(1) El *análisis de la materia* equivale —en el lenguaje metafórico, nutrido del paradigma de las ciencias naturales, de Ihering— a la "química del derecho". Su objeto está constituido por las relaciones jurídicas tal como están reguladas por las disposiciones y por los principios del derecho positivo. Su objetivo consiste en identificar eventuales contenidos comunes, por ejemplo, las "ideas generales" que vinculan a los contratos y/o a las obligaciones y/o a los hechos ilícitos y/o a los modos de adquisición de la propiedad, etc., distinguiéndolos de los contenidos que son, por el contrario, "locales" o "peculiares" de institutos singulares.

El instrumento principal del análisis de la materia es la "abstracción". A través de ella se puede descubrir que, bien vistas las cosas, relaciones jurídicas que se presentan separadas y distintas en el curso del tiempo, son igualmente "puntos de irrupción histórica" de una misma idea general anterior.

En la perspectiva de Ihering, también la investigación analógica ("extensión por analogía") es un instrumento de análisis y simplificación cuantitativa: descubriendo mediante abstracción la idea general que está detrás, a la vez, de ciertos casos regulados y de otros casos que aún no están expresamente regulados por el derecho, la ciencia jurídica le ahorra al legislador la fatiga de promulgar una nueva norma *ad hoc*, del todo superflua, para los casos que aún no están expresamente regulados[466].

Ihering considera a la abstracción y a la extensión analógica como procesos intelectuales puramente técnicos, científicos, con función cognoscitiva[467].

---

466 Cfr. VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, §§ 3, 44; Id., *Nuestra tarea*, pp. 257 ss.

467 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 44: "Obrando así la jurisprudencia no se traslimita de sus atribuciones ni usurpa las del legislador, porque no crea nada, y solo ejerce un examen y adopta la interpretación crítica elevada, que deduce, no de las palabras, sino de las ideas del legislador. Ciertamente que este trabajo exige una facultad de abstracción muy grande y una capacidad de discernimiento más segura que la de la interpretación ordinaria, porque puede inducir a error, ya en un sentido, ya en otro, es decir, designando como ideas abstractas elementos esenciales y exclusivamente propios de una especie, o considerando, por el contrario, ideas abstractas como elementos de otra clase".

(2) La *concentración lógica* de la materia consiste en la "concentración" o reducción del "volumen externo de una masa de materia jurídica que el derecho positivo ha creado para esta o aquella situación". Está dirigida (diríamos hoy) a eliminar toda *redundancia* de la regulación jurídica positiva, nuevamente, mediante la abstracción: "el procedimiento lógico universal, que consiste en abstraer un principio de especies determinadas y expresarlo por medio de una nueva y más enérgica fórmula lógica"[468].

(3) El *ordenamiento sistemático* de la materia consiste en disponer los cuerpos o institutos jurídicos según un conjunto ordenado de clases. Por lo demás, un orden semejante no es casual ni arbitrario. Hay, en efecto, una *verdadera* clasificación sistemática, que es tarea de la ciencia jurídica descubrir a través de una exacta percepción de los objetos (los institutos o los cuerpos jurídicos) y de sus relaciones con otros objetos[469].

(4) La elaboración de una *terminología jurídica* consiste, finalmente, en el desarrollo de un vocabulario técnico compuesto de términos rigurosamente definidos que sustituyan las expresiones indeterminadas y prolijas del lenguaje ordinario. Está vinculada con la definición de las nociones de los institutos jurídicos, que constituye, a su vez, una de las operaciones clave sobre la vía de la construcción jurídica[470].

Simplificación cualitativa: la parte "cualitativa" de una materia —sostiene Ihering— es "orden interior", "simetría", "unidad". El derecho es "cualitativamente simple" siempre que sus distintas partes, aun estando

---

468 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 45. En la terminología contemporánea de la teoría de la sistematización de Alchourrón y Bulygin, la contracción lógica de la que habla Ihering equivale a la contracción conservadora de la base normativa. Cfr. ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, cit. Sobre el tema, Ihering subraya, nuevamente, que: "El descubrimiento final del principio [detrás de un conjunto de disposiciones legislativas, ndr] tiene capitalísima importancia para la ciencia, no solamente porque se encuentra ya reconcentrada y reunida toda la materia jurídica existente y antes dispersa, sino también porque una vez descubierto y encontrado el principio, éste viene a ser fuente de nuevas reglas". "Nuevas", se resalta, no desde el aspecto sustancial sino por el hecho que así encuentran expresión contenidos y energías latentes en el derecho positivo, como también se verá a continuación.

469 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, §§ 44, 46.

470 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 43.

"exactamente limitadas y separadas" las unas de las otras, se combinen armónicamente en una sola unidad y, por consiguiente, "el pensamiento puede abrazar tan fácilmente la parte como el conjunto"[471].

La simplificación cualitativa es el resultado de una operación técnica fundamental: la construcción jurídica (*juristische Konstruktion*), "la aplicación a la materia jurídica del método de la historia natural", "el arte plástico de la ciencia jurídica", "una obra de arte", "creación", "invención", "organización", dirigida a transformar los institutos jurídicos en verdaderos y propios *cuerpos* jurídicos —palabra, esta última, que Ihering utiliza para subrayar la naturaleza orgánica y viviente de los institutos jurídicos; el hecho que éstos, como cualquier otro organismo vital, son creados, crecen, se expanden, se restringen, se desarrollan, cambian, interactúan con otros organismos, mueren—.

A la luz de esto, una (adecuada) teoría de los institutos jurídicos debería cumplir las siguientes tareas:

(1) Contener y transmitir las características esenciales (la "esencia") de cada cuerpo jurídico en un *concepto* o una *noción* apropiada, mediante una oportuna *definición real* ("definición ontológica") proveyendo, por ejemplo, definiciones ontológicas apropiadas de la propiedad, del contrato, del ilícito civil, de la venta, de la letra de cambio, etc.;

(2) Proveer una explicación oportuna de la "estructura" o "elementos anatómicos" de cada cuerpo —por ejemplo, si el cuerpo examinado es la propiedad, la ciencia jurídica debería proveer una explicación racional del derecho de propiedad, concentrándose sobre los sujetos, los objetos, el contenido, los efectos y las acciones concernientes a su protección—;

(3) Proveer una explicación adecuada de la "calidad", de las "fuerzas" y de los "eventos en la vida" de cada cuerpo jurídico;

(4) Proveer una clasificación sistemática de los distintos cuerpos jurídicos, agrupándolos en un todo coherente[472].

---

471 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 43.

472 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, §§ 43, 46.

> Con el fin de construir cuerpos jurídicos a partir de disposiciones y principios del derecho, los juristas deben observar las tres "leyes de la construcción jurídica": la ley de la *adecuación sustancial* o *preservación del contenido*; la ley de la *unidad sistemática*; y, en fin, la ley de la *estética jurídica*, concerniente a la "belleza jurídica".

De conformidad con la primera ley de la construcción jurídica —la ley de la adecuación sustancial o "ley de la concordancia entre construcción jurídica y materia jurídica positiva"—, la construcción debe "ser exactamente aplicable al derecho positivo", debe exhibir el máximo respeto por el "contenido" y la "fuerza práctica" de las normas jurídicas positivas, siendo, sin embargo, totalmente libre en la forma. Por otra parte, en la visión de Ihering, la ciencia jurídica puede legítimamente desatender las construcciones (nociones y definiciones) eventualmente provistas por el legislador, no teniendo el legislador alguna "autoridad", algún "poder legislativo", sobre cuestiones referidas a la "teoría".

De conformidad con la segunda ley de la construcción jurídica —la ley de la unidad sistemática o ley "de ausencia de contradicciones"—, la ciencia jurídica debe evitar establecer "aquello que sea jurídicamente imposible". La segunda ley impone a las construcciones jurídicas un doble requisito de coherencia (y congruencia): de un lado, el requisito de la *coherencia interna*: cada construcción jurídica debe estar compuesta de elementos recíprocamente coherentes; del otro, el requisito de la *coherencia externa*: el conjunto de la construcciones jurídicas elaboradas por los juristas debe ser un todo coherente. La coherencia externa es, ante todo, coherencia histórica, diacrónica: las viejas y las nuevas construcciones jurídicas deben armonizar entre sí.

El banco de prueba de la "legitimidad y veracidad" de las construcciones jurídicas está en el éxito de su realización, sea singularmente considerado, o sea en combinación con las otras construcciones jurídicas[473].

---

473 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46: "La *prueba* de la construcción jurídica consiste para la ciencia en colocar sus creaciones doctrinales en todas las posiciones imaginables, combinarlas entre sí en todas las maneras posibles, comparando sus principios fundamentales. La construcción no sale victoriosa de la prueba ni es legítima y verdadera sino cuando por todas partes reina para ella un acuerdo perfecto".

La tercera ley de la construcción jurídica —la ley de la belleza jurídica— establece los requisitos estéticos que deben ser satisfechos por construcciones jurídicas propiamente elaboradas: las construcciones deben ser *claras* (hacer fácilmente comprensible la esencia de las relaciones jurídicas), *naturales* (en línea con los fenómenos del mundo físico e intelectual), *transparentes* con respecto de sus consecuencias jurídicas, y *simples*.

Ihering considera que las primeras dos leyes plantean otras tantas condiciones de veracidad (científica) y legitimidad (política) para las construcciones de los juristas. Por el contrario, la tercera ley delinea un ideal estético puramente regulativo, que puede también no ser logrado en todos los casos[474].

En honor a la verdad, en la reflexión metodológica de Ihering hay, aparentemente, también una *cuarta* ley de la construcción jurídica, que podría llamarse *ley del autodesarrollo sistemático*.

El resultado de una obra propiamente conducida de construcción jurídica —sostiene Ihering— es el "sistema" de un determinado derecho positivo: "Llamaremos *sistema* al derecho tal cual como resulta de la construcción en el sentido del método de la historia natural"[475].

Ahora bien, en la perspectiva de Ihering, el sistema (adecuadamente construido) de cualquier derecho positivo posee dos virtudes fundamentales.

En primer lugar, es la "forma práctica" más conveniente de la materia jurídica positiva; es la forma más "visible" y "plástica" de las normas jurídicas positivas.

En segundo lugar, es la fuente de "nueva materia jurídica", aunque siempre en línea con la esencia de las normas jurídicas positivas. En realidad, mediante la "especulación jurídica", los juristas pueden colmar cualquier laguna de la ley recurriendo a una materia que es "provista *en parte* por los distintos cuerpos [jurídicos] considerados en sí mismos, [es decir] por su naturaleza y dialéctica interna, y *en parte* por la teoría general de los cuerpos

474 En el contexto totalmente diferente del positivismo lógico, los mismos requisitos son, *grosso modo*, indicados por Alchourrón y Bulygin para la *reconstrucción racional* de los conceptos dogmáticos y teórico-generales. Cfr. ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, "Introducción ".

475 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46.

jurídicos"[476]. Este modo de colmar las lagunas —sostiene Ihering—, lejos de ser abusivo, es algo que la vida práctica no puede sino hacer; algo que los juristas tienen el deber de cumplir cuando se les presente la ocasión.

En conclusión: el cielo de los conceptos es de verdad el paraíso de los juristas. En él, cabe notar, ellos son los depositarios naturales de poderes nomopoiéticos (de creación de derecho) todo menos que marginales, y los ejercen mediante la definición y la sistematización de los cuerpos jurídicos, aunque bajo la apariencia del mero conocimiento jurídico y de la pura técnica.

6. LA INTERPRETACIÓN SEGÚN LA PANDECTÍSTICA: BERNHARD WINDSCHEID

Bernhard Windscheid (1817-1892), el último y el sumo representante de la Pandectística alemana, publicó la primera edición de su obra más famosa, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Manual de derecho de las Pandectas), en los años 1862-1870[477].

El primer volumen contiene un capítulo dedicado a la "Interpretación y tratamiento científico del derecho"[478]. Al igual que los juristas de la Escuela de la exégesis, que Savigny, y que Ihering, Windscheid adopta como punto de partida de sus reflexiones una noción cognoscitivista de la interpretación. La interpretación, sostiene Windscheid, es "declaración (*Erklärung*)

---

476 VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, § 46: "El sistema abre así a la ciencia un campo inmenso de actividad, una mina inagotable de investigaciones y de descubrimientos, y una fuente de los más vivos goces intelectuales. Los límites estrechos de la ley positiva no les ponen límites a sus dominios, ni las cuestiones prácticas inmediatas les trazan los senderos que debe seguir. Libre y sin trabas el espíritu, como en la filosofía, inquirir y buscar de una parte y otra sin miedo de perderse, porque la naturaleza práctica del mundo en que se mueve le llevará a la realidad de las cosas y llegando a ella tendrá la satisfacción de haber hecho algo más que responder a una necesidad puramente individual, consiguiendo, no el sencillo placer de un alto goce intelectual, sino algo más precioso para el mundo y para la humanidad. Las ideas que habrá encontrado no quedarán como simples ideas, sino que vendrían a ser fuerzas prácticas".

477 WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I ed., 1862-1870, VI ed., 1886; citado por la traducción italiana, *Diritto delle Pandette*.

478 WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, cap. II, §§ 20-26.

del contenido del derecho". Al igual que Savigny, además, distingue, de un lado, la "verdadera" interpretación (la interpretación propiamente dicha), que es una libre operación intelectual de naturaleza investigativa, por un lado, y, del otro, la interpretación espuria por obra de legislador, que consiste, en cambio, contrariamente a lo que sugiere el tradicional *nomen iuris* de "interpretación auténtica", en la producción de nuevo derecho positivo con eficacia retroactiva. Finalmente, al igual que Laurent, que Savigny, y que Ihering, Windscheid sostiene que la (verdadera) interpretación es una operación *necesaria*: que no es posible eludir por quien quiera conocer cuál es el derecho (*quid sit iuris*), sea para fines prácticos, sea para fines científicos. El contenido del derecho puede ser claro o no; en las situaciones del primer tipo, la interpretación es de todos modos necesaria, aunque su "tarea" sea menos "importante" que en los casos en los cuales el contenido del derecho se haya revelado como indeterminado.

Hasta aquí, Windscheid parece jugar al genuino teórico de la interpretación, preocupado por establecer las características esenciales —la "naturaleza"— de la actividad interpretativa. Pocas líneas más adelante, sin embargo, su noción inicial de interpretación revela ser una estipulación que constituye la base conceptual de una metodología prescriptiva concisa y bien ordenada, referida al "arte" de la verdadera interpretación o, en otros términos, la base conceptual de (aquello que voy a reconstruir como) el código hermenéutico elaborado y propuesto por Windscheid[479]. Si aprendiesen a seguir correctamente las directivas de este código —pareciera sugerir Windscheid—, vuestros resultados interpretativos, cualquiera que éstos sean, serían declaraciones correctas del verdadero contenido del derecho.

Veamos muy brevemente en qué consiste el código interpretativo de Windscheid, presentándolo, aquí también, como un conjunto de directivas hermenéuticas.

Directiva 1.– Declarar el verdadero contenido de una norma jurídica. Para declarar el verdadero contenido de una norma jurídica (o mejor aún: de una disposición legislativa o de otra formulación autoritativa), los intérpretes de-

[479] La verdadera interpretación —afirma WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, § 20)— "no es tanto una ciencia, que pueda ser enseñada, es más bien un arte que debe ser aprendido; la teoría no puede más que llamar la atención sobre los puntos de vista directivos".

ben desarrollar *en cada caso* una triple investigación hermenéutica. En primer lugar, deben proceder a la "interpretación gramatical" de la disposición; en segundo lugar, deben proceder a la "interpretación lógica" de la disposición, sobre la base del pensamiento efectivo del legislador (interpretación lógica fáctica); en tercer lugar, deben proceder a la interpretación lógica de la disposición, sobre la base no ya del pensamiento efectivo del legislador, sino de su pensamiento hipotético, como puede ser conjeturado con el auxilio de hipótesis contrafácticas (interpretación lógica contrafáctica).

Directiva 2.– Interpretación gramatical. La interpretación gramatical consiste en verificar el significado expresado por las palabras usadas por el legislador al formular una norma jurídica, teniendo en cuenta las "reglas lingüísticas": sea las reglas generales del lenguaje, sea de las formas de expresión específicas para el tiempo y en las circunstancias de la promulgación de la ley a interpretar.

El resultado de la interpretación gramatical —si bien Windscheid no usa esta expresión— es el significado literal de una formulación normativa. El significado literal, sin embargo, puede ser indeterminado (obscuro o ambiguo) o incluso viciado (erróneo). Estas eventualidades, que no pueden ser excluidas *a priori,* hacen necesario proceder a investigaciones interpretativas adicionales.

Directiva 3.– Interpretación lógica fáctica. La interpretación lógica fáctica, o propiamente dicha, está dirigida a verificar aquello que el legislador *efectivamente* y *conscientemente* ha querido decir al promulgar una cierta formulación normativa. Su objetivo es el pensamiento (el espíritu, la intención, la voluntad) efectivo y consciente del legislador. En tal sentido, la interpretación lógica fáctica se presenta como una indagación histórico-psicológica, y por ello mismo se distingue de la interpretación lógica contrafáctica cuyo objetivo, por decirlo así es, en cambio, el pensamiento *inconsciente* del legislador.

La interpretación lógica fáctica "va más allá del resultado obtenido aplicando las reglas lingüísticas", en vista de los siguientes objetivos:

(a) superar las oscuridades del significado literal de una disposición, transformándolo en un contenido de sentido claro y aplicable a los casos por decidir;
(b) seleccionar el significado literal correcto entre dos o más significados alternativos sacados a la luz por la interpretación gramatical;

(c) enmendar el claro significado literal de una formulación normativa, cada vez que sea incompatible con el pensamiento efectivo y consciente del legislador, procediendo así a una reinterpretación correctiva de la formulación normativa.

En una de las partes más originales de su metodología, Windscheid distingue tres formas de interpretación correctiva. Se tiene la *extensión cuantitativa*, cuando el legislador haya dicho menos de lo que conscientemente pretendía decir; se tiene, en cambio, la *restricción cuantitativa* cuando el legislador haya dicho más de lo que conscientemente pretendía decir; y se tiene la *modificación cualitativa* cuando el legislador haya dicho algo cualitativamente distinto de aquello que conscientemente pretendía decir.

En cuanto a las técnicas para descubrir el pensamiento efectivo y consciente del legislador (para "penetrar del modo más completo posible en el espíritu del legislador"), Windscheid enumera cuatro:

(1) La *interpretación sistemática*, donde el *sistema* está constituido "por las otras partes no controvertidas de la misma ley", y/o por "otras leyes del mismo legislador", y/o por "otras leyes de distintos legisladores", aunque vinculadas a la ley a interpretar por "unidad intencional";

(2) La *interpretación histórica*, a partir de la situación del derecho positivo en el tiempo de la promulgación de la ley a interpretar, "ya que se debe considerar que el legislador tuviese presente tal estado";

(3) La *interpretación teleológica*, a partir "del fin que el legislador pretende conseguir" por medio de la ley a interpretar;

(4) La *interpretación orientada por las consecuencias*, a partir del "valor del resultado", presumiendo que el legislador haya querido decir algo sensato y conveniente, antes que un sinsentido carente de utilidad.

En caso de que el uso de estas técnicas no conduzca a un resultado interpretativo seguro, los intérpretes deben optar por el significado más plausible, aplicando criterios hermenéuticos residuales como: "optar por la solución que menos se aleje del derecho vigente" u "optar por la posición más moderada"[480].

[480] WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 21.

Directiva 4.– Interpretación lógica contrafáctica. Este tipo de interpretación, para la cual Windscheid no provee alguna denominación específica, se funda sobre el presupuesto de que el legislador puede no haber tenido una clara y plena percepción de lo que pretendía expresar: más precisamente, sobre la conjetura de que el legislador no habría estado consciente de ciertos aspectos del fenómeno regulado, pero que si lo hubiese estado, los habría tenido ciertamente en cuenta al promulgar la ley. En consecuencia, "la más elevada y noble" tarea del intérprete llega a ser la de hacer efectivo el verdadero y pleno pensamiento del legislador, su "verdadero concepto", en contraposición a su pensamiento "expresado" y efectivamente tenido, infiriendo este verdadero concepto del significado que el legislador efectivamente ha querido expresar[481]. La interpretación lógica contrafáctica presupone, por tanto, la interpretación lógica fáctica y es parasitaria en relación con ella.

La interpretación lógica contrafáctica es un instrumento de interpretación correctiva, principalmente en la forma de la extensión cuantitativa y de la restricción cuantitativa. Los recursos y las técnicas interpretativas sobre las cuales se funda son los mismas indicados para la interpretación lógica fáctica.

Directiva 5.– Lagunas. Las lagunas —sostiene Windscheid— son esencialmente lagunas de la ley: situaciones que el legislador no ha considerado expresamente al promulgar sus leyes. En consecuencia, la posición de los juristas y de los jueces frente a las lagunas es análoga a aquella en la cual se encuentran cuando se haya verificado una discrepancia entre el pensamiento efectivo del legislador acerca del contenido de una ley, de un lado, y el verdadero concepto, el verdadero contenido de aquella ley, del otro. Se "trata de conocer el *verdadero concepto del todo jurídico* —afirma

---

481 WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 22: "Es decir, puede suceder, y ocurre a menudo, que el legislador mismo no haya tenido una percepción completamente clara de este concepto, y se haya quedado con una forma de manifestación del mismo, que no responde completamente a su verdadero alcance. Es la más alta y la más noble tarea de la interpretación acudir en tal caso en ayuda del legislador y, ante a su voluntad expresada, hacer valer aquella que realmente tenía. Haciéndolo, ella no excede sus facultades; actúa de modo completamente conforme a la intención del legislador, no hace más que expresar *lo que él mismo habría expresado si hubiese puesto atención a los puntos, de los que no fue consciente*" (cursiva del redactor, ndr).

Windscheid— como antes se trataba de conocer el verdadero concepto de la norma jurídica individual"[482].

A la luz de esto, Windscheid formula las siguientes instrucciones para un tratamiento apropiado de las lagunas legislativas:

(a) Las lagunas *no deben* ser colmadas recurriendo al "denominado derecho natural" —una entidad que, en la perspectiva positivista de Windscheid, estaba del todo desacreditada—;

(b) Las lagunas deben, por el contrario, ser colmadas recurriendo al "espíritu del todo jurídico mismo"; en esta perspectiva, la "decisión correcta" es aquella convalidada por la analogía a partir de las normas de ley y del cuerpo de conceptos jurídicos presupuesto por ellas.

Directiva 6.– Antinomias. Bajo la influencia de la tradición jurídica, de la Escuela histórica, y además de la jurisprudencia naturalista de Ihering, Windscheid considera que los conflictos normativos ("contradicciones", "antinomias") son, la mayor parte de las veces, aparentes. Sin embargo, no excluye que también se puedan verificar casos de *verdaderas* antinomias. En todo caso, las pautas que Windscheid provee a los intérpretes sobre el modo de afrontar las antinomias están dirigidas a indicarles la vía para descubrir, según las circunstancias, la solución correcta.

(1) Las contradicciones deben, ante todo, ser atentamente examinadas, con el fin de establecer si no son meramente aparentes.

(2) Una contradicción es aparente en dos situaciones distintas:
Primera, las dos normas aparentemente contradictorias versan, viéndolo bien, sobre situaciones distintas. Ello puede ser comprobado sobre la base de indagaciones interpretativas desarrolladas según las directivas 3 y 4 del código de Windscheid (interpretación lógica fáctica y contrafáctica). Ante esta situación, la antinomia aparente puede ser disuelta procediendo a las oportunas reinterpretaciones correctivas de las disposiciones de ley.
Segunda, las dos normas aparentemente contradictorias versan sobre las mismas situaciones, pero pertenecen a diferentes "niveles". En efecto, puede suceder: (*a*) que una de las dos normas en conflicto

[482] WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 23.

sea una norma de derecho común y la otra sea, por el contrario, una norma de derecho particular (especial, excepcional); (*b*) que una de las dos normas en conflicto sea más antigua que la otra. En el primer caso, no hay una antinomia real, ya que el conflicto puede ser resuelto por el criterio de la *lex specialis* (*lex specialis derogat legi generali*); en el segundo caso, tampoco hay una antinomia real, ya que el conflicto puede ser resuelto con el criterio de la *lex posterior* (*lex posterior derogat legi priori*).

(3) Cuando un conflicto normativo no pueda ser resuelto en los modos antes indicados, los intérpretes deben recurrir a un criterio (que podríamos llamar) lógico-axiológico: prevalece la norma que "se puede probar" estar en una mayor medida en línea con "el verdadero pensamiento del legislador".

(4) Finalmente, cuando un conflicto normativo no sea "aparente (siendo, por el contrario, irresoluble)", ya que también el criterio lógico-axiológico haya resultado inútil, los intérpretes deben concluir que las dos normas en conflicto tienen "exactamente el mismo valor" y, en consecuencia, que cada norma abroga a la otra, de modo tal que la cuestión "debe ser decidida como si no existiese ninguna de las dos normas"[483].

7. CONSIDERACIONES INCIDENTALES SOBRE LA COMPLETITUD DEL DERECHO

La exposición de las principales "teorías" de la interpretación en la cultura jurídica del siglo XIX ha sacado a la luz la corrección de las dos primeras tesis que enuncié en el parágrafo introductorio. Según estas tesis, como se recordará, estamos ante *metodologías hermenéuticas prescriptivas*, que no están fundadas sobre una reflexión genuinamente teórica acerca del fenómeno de la interpretación jurídica, sino que intentan proporcionar instrucciones para interpretar e integrar las leyes de una forma jurídicamente correcta, y dependen, en su contenido, de posturas ideológicas acerca del rol de la doctrina jurídica y de los jueces respecto del derecho positivo (supra, §1).

[483] WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 23.

Como conclusión de este capítulo, formularé algunas consideraciones sobre el tema de la completitud del derecho.

Aparentemente, cuando alguien afirma —o atribuye a terceros— la tesis según la cual "el derecho es completo", ésta puede ser entendida al menos de cuatro modos distintos. En concreto: (1) como una tesis acerca de la completitud ontológica de la ley; (2) como una tesis acerca de la completitud ontológica del derecho; (3) como una tesis acerca de la capacidad metodológica de ley de autocompletarse (autointegración); (4) como una tesis acerca de la capacidad metodológica del derecho de autocompletarse (autointegración).

La *tesis de la completitud ontológica de la ley* sostiene que el conjunto de las leyes positivas de una organización iuspolítica contiene siempre, para cualquier caso que pueda presentarse, una *disposición* idónea (a ser oportunamente interpretada) para regularlo.

La *tesis de la completitud ontológica del derecho* sostiene que el conjunto de las fuentes del derecho de una organización iuspolítica contiene siempre una *norma* idónea para regular cualquier caso que pueda presentarse.

La *tesis de la capacidad metodológica de la ley de autocompletarse* sostiene que el conjunto de las leyes positivas de una organización iuspolítica *no siempre* contiene una disposición para cualquier caso que pueda presentarse; sin embargo, siempre sería posible formular una nueva norma para el caso omitido, argumentando a partir de una o más disposiciones legislativas (oportunamente interpretadas) o de uno o más principios que se puedan deducir de ellas.

La *tesis de la capacidad metodológica del derecho de autocompletarse*, finalmente, sostiene que el conjunto de las fuentes del derecho de una organización iuspolítica *no siempre* contiene una norma para cualquier caso que pueda presentarse; sin embargo, siempre sería posible formular una nueva norma para el caso omitido, argumentando a partir de las normas inmediatamente deducibles de las fuentes.

Las primeras dos tesis sostienen que, de hecho, cada conjunto de leyes positivas, o bien cada derecho positivo (entendiendo este último como algo distinto de un simple conjunto de leyes), es completo. De este modo, no habría algún espacio para operaciones de verdadera y propia *integración* de las leyes, o bien de verdadera y propia *integración* del derecho[484].

[484] Sobre estas expresiones, cfr. TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*, cap. I.

Las últimas dos tesis constituyen la negación de las primeras. Sostienen, por otra parte, que el carácter (naturalmente) lagunoso de las leyes o de los derechos positivos siempre puede ser obviado, no ya recurriendo a materiales metapositivos (la denominada "heterointegración"), sino mediante oportunos métodos de autointegración de la regulación positiva.

Aparentemente, ni los juristas de la Escuela de la exégesis, ni Savigny, sostienen la tesis de la *completitud ontológica de la ley*. Laurent, por el contrario, sostiene la tesis de la capacidad metodológica de ley de autocompletarse, excluyendo la heterointegración como una eventualidad casi imposible de verificarse. Otros juristas exegéticos se adhieren, en cambio, como se ha podido ver, a la tesis de la heterointegración de la ley. Finalmente, Savigny sostiene aparentemente a la tesis de la *completitud ontológica del derecho* fundándola, como ha sido visto, sobre la idea de la "naturaleza orgánica". Ello a pesar de que, como lo sugiere el pasaje del *Sistema del derecho romano actual* citado antes, la solución al caso lagunoso no es "encontrada" bella y prontamente por los intérpretes sino "desarrollada" a partir de materiales jurídicos dados. Y sobre esta misma línea se afirman, aparentemente, también Ihering, Windscheid y los exponentes de la *allgemeine Rechtslehre* (como se ha visto en el cap. III, § 3, a propósito de las posiciones de Adolf Merkel).

A partir de finales del siglo XIX, y por buena parte del siglo XX, la completitud ontológica —"lógica" o "estructural"— de los "ordenamientos jurídicos" será también sostenida por algunos ilustres teóricos del derecho, entre ellos, Hans Kelsen (como veremos en el próximo capítulo).

Capítulo V: La utopía en el siglo XX: Kelsen y la teoría pura del Derecho

"por su tendencia anti-ideológica,
la teoría pura del derecho es una verdadera ciencia del derecho,
ya que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer a su objeto,
en tanto que la ideología encubre la realidad [...]
El conocimiento terminará por desgarrar los velos
con los que la voluntad envuelve las cosas"

Hans Kelsen

"no son "las olas" lo que él quiere mirar sino una única ola y nada más;
queriendo evitar las sensaciones vagas,
se propone para cada uno de sus actos un objeto limitado y concreto"

Italo Calvino

Sumario: *1. La utopía en el siglo XX.– 2. Hans Kelsen: una vida al servicio de la ciencia.– 3. Cuatro etapas en la epistemología jurídica kelseniana.– 3.1. Construccionismo (neo)kantiano débil.– 3.2. Construccionismo (neo) kantiano fuerte.– 3.3. Construccionismo (neo)kantiano descriptivista.– 3.4. Posconstruccionismo descriptivista.– 4. El mapa kelseniano del saber jurídico.– 5. La teoría pura del derecho en pocas palabras.– 5.1. Derecho, moral, religión.– 5.2. Normas jurídicas: consideraciones preliminares.– 5.3. Normas jurídicas: tipologías.– 5.4. Normas individuales, generales, hipotéticas, categóricas.– 5.5. Normas primarias, normas secundarias.– 5.6. Normas permisivas y situaciones de permiso en sentido negativo (regulación "negativa" de los comportamientos).– 5.7. Normas que confieren poderes.– 5.8. Normas derogatorias.– 5.9. Normas interpretativas. Fragmentos de hermenéutica kelseniana.– 5.10. Normas que confieren derechos.– 5.11. Normas jurídicas, principios del derecho, principios morales.– 5.12. La teoría kelseniana de la validez.*

1. LA UTOPÍA EN EL SIGLO XX

En el siglo XX, la utopía de la razón analítica fue propugnada, con una obstinación metódica forjada en las adversidades, por quien desde los años treinta ya era reconocido como uno de los filósofos del derecho más influyentes al mundo: Hans Kelsen[485].

En la segunda mitad del siglo, a partir de los años inmediatamente sucesivos a la conclusión del segundo conflicto mundial (la segunda, trágica, "guerra europea"), otros estudiosos (entre ellos Ross, Bobbio, y Hart, por mencionar quizás a los más ilustres) se pusieron en el mismo camino de Kelsen, que había sido el de Bentham y de Austin, siendo empero fortalecidos por los logros de la filosofía analítica, en las variantes del positivismo lógico (neoempirismo) y de la denominada filosofía del lenguaje ordinario, y llegando a notables relieves de originalidad. De ellos, sin embargo, trataré en el segundo volumen de esta historia de la filosofía analítica del derecho. El presente capítulo y el siguiente estarán dedicados en cambio, como anticipé en el "Prólogo", a la teoría pura del derecho.

2. HANS KELSEN: UNA VIDA AL SERVICIO DE LA CIENCIA

De la larga vida de Hans Kelsen [1881 – 1973] se ha dicho, con afortunada pero engañosa expresión, haber sido "una vida al servicio de la ciencia"[486].

---

485 Cfr. MERKL, A., *Hans Kelsen System einer reiner Rechtstheorie*, tr. it., *Il sistema kelseniano di una teoria pura del diritto*, pp. 67 ss.; CARRÉ DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement a sa formation*; EBENSTEIN, W., *La teoría pura del derecho*; TREVES, R., *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, pp. 177-198; ROSS, A., *Towards a Realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, tr.es, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, pp. 46 ss.; BOBBIO, N., *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, pp. 15-39; HART, H.L.A., *The Concept of Law*, pp. 35 ss., 79 ss., 292 ss.; Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 286-342; ROEHRSSEN, C. (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*; CELANO, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*; PAULSON, S., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*; VILLAR BORDA, L., (ed.), *Hans Kelsen 1881-1973.*

486 Robert Walter, director del Hans Kelsen-Institut de Viena, ha titulado así la bibliografía (entonces) completa de los escritos y de las traducciones kelsenianas: WALTER, R., *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft.*

La expresión es afortunada. La aspiración de transformar la jurisprudencia —particular y general, habría dicho Austin— en una auténtica disciplina científica, caracterizada de "objetividad y exactitud", constituye sin lugar a dudas un estímulo fundamental en toda la obra de Kelsen: la preferencia racional y estable en la base de su inmensa producción literaria.

Sin embargo, la expresión es, a la vez, engañosa. Evoca, aunque involuntariamente, la imagen de la torre de marfil; del confortable aislamiento en el que se encierra el filósofo para perseguir sus elucubraciones especulativas, lejos de las distracciones y de las inquietudes del mundo. No hay, sin embargo, un lugar más ajeno que este en relación con la Weltanschauung de Kelsen. En efecto, él condujo la lucha por la cientificidad de la jurisprudencia partiendo de un horizonte epistemológico y, más en general, de una visión del mundo, del derecho y de las tareas de los juristas, que implicaban un compromiso ético-político constante en favor de la libertad de la investigación científica (la *libertas philosophandi* de Spinoza), de la libertad de expresión, de la libertad de conciencia, de la tolerancia, del pluralismo y, en consecuencia, a favor de las instituciones políticas más aptas para garantizar todos aquellos derechos de libertad y valores. Para Kelsen, tales instituciones no podían consistir si no en estados de derecho constitucionales y democráticos, miembros de una comunidad internacional que, evocando el proyecto kantiano para una paz perpetua, repudie el dogma de la soberanía absoluta, el imperialismo, la guerra ("un asesinato en masa, la más grave desgracia de nuestra cultura"), e instituya un tribunal internacional permanente, competente para dirimir las controversias entre los estados y para juzgar y sancionar gobernantes, despojados de sus tradicionales inmunidades, por los crímenes de guerra y contra la paz, eventualmente cometidos[487].

---

487 Cfr. KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, tr. it., *Essenza e valore della democrazia*; Id., *Law and Peace in International Relations*, 1942, tr. es., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*; Id., *Peace through Law*, 1944, tr.es., *La paz, por medio del derecho*, en cuyo "Prefacio" se lee: "Hay verdades tan evidentes por si mismas que deben ser proclamadas en cada ocasión para que no caigan en el olvido. Una de estas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la más grande desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra principal tarea política, es una tarea muy importante de la decisión entre la democracia y la autocracia, entre el capitalismo y el socialismo, ya que no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional a través de la

La agitación política que afectó al continente europeo (e, indirectamente, a gran parte del resto del mundo) en la primera mitad del siglo XX —la primera guerra mundial con la caída de los imperios centrales y la disolución de la monarquía danubiana; la revolución bolchevique y el totalitarismo soviético; los totalitarismos nazi-fascistas en Italia, Portugal, Alemania, España, Hungría y Rumanía; la segunda guerra mundial— ofreció a Kelsen muchas ocasiones para demostrar su exigente moral crítica. Como asesor jurídico del ministro de guerra del gobierno Imperial-Regio, concibió, sin éxito por el desencadenamiento de los eventos, un proyecto de monarquía federal apta para conciliar la libertad de los pueblos sometidos a la corona austro-húngara con las exigencias de estabilidad y de paz en Europa central. Como asesor jurídico del gobierno republicano austriaco, fue uno de los principales redactores de la Carta constitucional de 1920, en la que insertó, el primer ejemplo en el mundo, un tribunal competente para ejercer un control de legitimidad constitucional a *posteriori*, incidental y centralizado sobre las leyes del estado, —tribunal del cual luego fue juez por diez años, de 1921 a 1930[488]. En 1937-38, tuvo a su cargo un curso de lecciones en la Universidad de Praga, a pesar de las reiteradas amenazas de muerte por parte de los nacional-socialistas locales, quienes llegaron a idear un fallido plan para asesinarlo. En 1939, Kelsen emigró de Suiza (donde residía desde 1933, tras haber sido destituido de la docencia en la Universidad de Colonia, por obra del gobierno nazi, por su condición de hebreo y liberal-demócrata) a los Estados Unidos. Una vez ahí, antes de establecerse definitivamente en la University of California, en Berkeley, desarrolló una intensa actividad de enseñanza en el campo del derecho internacional público, defendiendo el ideal de la paz y de la seguridad colectiva fundado sobre el derecho, un ideal luego positivizado en la Carta de las Naciones Unidas de 1945[489].

---

cual se evite de modo efectivo la guerra entre las naciones de la Tierra"; Id., *What is Justice?*, pp. 22-24; Id., *Collective Security under International Law*, pp.1 ss.

488 Cfr. KELSEN, H., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, tr. it., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, pp. 143-214.

489 Para estas notas biográficas Cfr. KELSEN, H., *Scritti autobiografici*; MÉTALL, R.A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*. Además, sobre la base de estas fuentes, CHIASSONI, P. *Hans Kelsen: realismo teorico e politica del diritto*, pp. 217-227.

En relación con sus estudios, además de filósofo del derecho positivo (teórico del derecho), Kelsen fue un filósofo de la moral, historiador de la filosofía moral, filósofo de la justicia, teórico de la democracia, sociólogo de la cultura, de la democracia y del derecho, cultor de psicología social y de antropología; además, como señalé hace poco, experto de fama internacional de derecho público, derecho constitucional, derecho internacional. De todos estos aspectos de la poliédrica personalidad estudiosa de Kelsen, aquí solo examinaré algunas partes de su filosofía del derecho positivo.

3. CUATRO ETAPAS EN LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA KELSENIANA

En palabras de Kelsen, la *Reine Rechtslehre* —la *doctrina* o *teoría pura del derecho*— es "teoría general del derecho", no "interpretación" de las "normas jurídicas" de un algún ordenamiento positivo particular (derecho francés, derecho inglés, derecho internacional, etc.).

Sin embargo, más allá de esta declaración muchas veces reiterada por Kelsen en sus escritos, el edificio intelectual de la doctrina pura del derecho no solo contiene una *teoría del derecho*, es decir, un conjunto de tesis de naturaleza explicativa sobre el derecho en general; contiene, además, otro ingrediente, que consiste en una *teoría del conocimiento jurídico*, es decir, en una *epistemología jurídica*, en la que se delinea el estatuto de la disciplina de la teoría (general) del derecho y de las ciencias jurídicas sectoriales, determinando su objeto, fines, postulados epistemológicos, método, además de su respectiva ubicación en el mapa de las disciplinas concernientes al derecho.

La reflexión epistemológica de Kelsen está construida en torno a dos ideas fundamentales. En primer lugar, la idea de que el positivismo jurídico representa la única posición filosófica compatible con el objetivo de un conocimiento genuinamente científico del derecho. Ello porque el positivismo se ocupa programáticamente del derecho positivo, es decir, del derecho "real" (la única forma de derecho "real" que tenemos), "empírico", que se sitúa en aquel sector de la realidad empírica que es la realidad social —el derecho, como Kelsen aclara desde su primera obra, es un "fenómeno social"[490]—.

[490] KELSEN, H. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, p. 7.

En segundo lugar, está la idea según la cual los postulados epistemológicos tradicionalmente asociados con el positivismo jurídico se caracterizan por un empirismo ingenuo, no totalmente depurado de influencias metafísicas y compromisos ideológicos. Tales postulados, en particular, no serían adecuados para promover el conocimiento científico del derecho positivo, si se concibe al derecho como constituido no ya de hechos causalmente concatenados, como es propio de la sociología y de la psicología social, sino como constituido de normas, cuya naturaleza y relaciones recíprocas las ponen fuera del campo de la causalidad[491]. Ahora bien, el problema que Kelsen intenta resolver con sus propuestas epistemológicas es, aparentemente, el siguiente: identificar las condiciones para un conocimiento genuinamente científico del derecho entendido como fenómeno normativo, que sea por tanto un conocimiento empíricamente fundado, exacto y objetivo, pero no de tipo explicativo causal. Esta preocupación epistemológica recorre la íntegra obra teórica de Kelsen, desde sus albores vieneses, hasta las investigaciones de los últimos años, en su casa con vista a la bahía de San Francisco.

Sin embargo, en el curso de casi setenta años de servicio infatigable "a favor de la ciencia" (retomando las afortunadas palabras de Walter, antes citadas), como resulta por demás natural, Kelsen modificó sus ideas y su terminología relativas al conocimiento jurídico. Por tanto, resulta oportuno distinguir distintas fases en la epistemología jurídica kelseniana, correspondientes a otras tantas (sub)concepciones. Las doctrinas del conocimiento que proveen los ingredientes de base para tales (sub)concepciones son tres: el *construccionismo*, que representa el credo epistemológico asociado con la obra de Rudolph von Ihering, Georg Jellinek y la doctrina del derecho público alemán del final del siglo XIX; el *constructivismo*, propio de la epistemología trascendental de Kant y de los neokantianos; y, *last but not the least*, el empirismo, propio de los teóricos de las ciencias naturales (Ernst Mach) y sociales (Max Weber) en el inicio del siglo XX, y del positivismo lógico a partir de los años veinte[492]. Estos ingredientes se combinan en

491 Cf. KELSEN, H. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, pp. iv-v; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 48 ss., 59-60, 61-62, 75-76, 93-94, 98-99.

492 Es menester hacer una precisión terminológica. Los kelsenólogos —por ejemplo, C. Heidemann, C. y Paulson S.— emplean a menudo la expresión "constructivismo"

diferentes modos y, podríamos decir, con diferentes pesos, en la obra que Kelsen escribió en momentos sucesivos de su reflexión. Ello sugiere distinguir cuatro fases en la epistemología jurídica kelseniana, correspondiente a otras tantas (sub)concepciones.

1. el construccionismo (neo)kantiano débil;
2. el construccionismo (neo)kantiano fuerte;
3. el construccionismo (neo)kantiano descriptivista;
4. el posconstruccionismo descriptivista;

Han sido identificados dos ingredientes filosóficos fundamentales en la teoría pura del derecho: el ingrediente "kantiano" (constructivismo) y el ingrediente "positivista" (empirismo)[493]. Sin embargo, considero que el ingrediente (que denomino) construccionista —que ciertamente no pertenece a la cultura filosófica, sino a la jurídica— debe ser tomado en cuenta también con el fin de ofrecer una reconstrucción lo más exacta posible de las fuentes y del contexto de la reflexión epistemológica de Kelsen. De hecho, aún en el inicio del siglo XX, el método que caracterizaba las ciencias jurídicas sectoriales y, con las debidas adaptaciones, la teoría general del derecho ("allgemeine Rechtslehre") y la teoría general del estado ("allgemeine Staatslehre") en la cultura alemana, era el denominado *método de la construcción jurídica*: un método basado en una concepción *organicista* del derecho y *científico-naturalista* de la ciencia jurídica, y desarrollado por Rudolf von Ihering en algunos escritos de los años cincuenta del siglo precedente (como se ha visto *supra*, cap. IV, § 5).

---

para referirse a lo que, con un neologismo, denomino "construccionismo". Esta terminología me parece filológicamente más adecuada. Ante todo, "construccionismo" deriva de "construcción jurídica", que es el término clave de la metodología de la ciencia jurídica de Ihering y compañía (como se ha visto en el cap. IV §5). Además, su introducción permite reservar el término "constructivismo" para hacer referencia a ideas que pertenecen, en cambio, a la epistemología kantiana y neokantiana.

493 Cfr. BULYGIN, E. *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, pp. 189-213, donde se identifica una tensión ("antinomia") insuperable, en el interior de la teoría pura, entre el ingrediente kantiano y el ingrediente positivista. Se trata, como procuro sugerir en el texto, de una reconstrucción que peca de exagerada.

"Distinguiré —escribe Ihering[494]— entre ciencia jurídica *superior e inferior*, entre un *estado superior y un estado inferior de agregación del derecho*. La forma de manifestación más común con la que el derecho aparece en la realidad es la *regla* jurídica [...] Todas las operaciones de la ciencia jurídica que dejan intacta a la materia jurídica en estas formas primigenias e inmediatamente prácticas, que no van más allá de las máximas y los principios jurídicos, tanto si éstos han sido deducidos como si se trata de los mismos dados por el legislador, deben contarse como parte de la de la ciencia jurídica *inferior*.

La oposición entre la ciencia jurídica superior e inferior puede concretarse como la oposición entre el *concepto* jurídico y la *regla* jurídica, y el tránsito del derecho desde el estado de agregación inferior hasta el superior lo proporciona la *construcción jurídica*, al elevar la materia bruta dada hasta el nivel conceptual. La transformación [...] consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmediatamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a ésta la forma de un *cuerpo jurídico*. Así, la suma total del derecho ya no se presenta ahora como un *sistema de normas, de pensamiento*, sino como un conjunto de *existencias*, de *potencias* jurídicas. Debemos representarnos al *cuerpo* jurídico como el elemento jurídico más sencillo y más natural. Cada uno de estos cuerpos tiene su forma, su naturaleza y sus propiedades particulares, mediante las cuales es capaz de producir determinados efectos. Así pues, nuestra tarea respecto a él adquiere el *carácter de una investigación histórico-natural*. Esto quiere decir que tenemos que averiguar sus propiedades y sus fuerzas; indicar la forma en la que nace y muere, las circunstancias y los estados en los que puede entrar, la influencia que sufre en dichos procesos y las metamorfosis que puede experimentar; tenemos que describir sus relaciones con otros cuerpos jurídicos, los vínculos que establece con ellos, los conflictos a los que se ve abocado con sus semejantes; y así, sobre la base de todas las indagaciones precedentes, tenemos que aprehender su naturaleza y su individualidad jurídica en un *concepto*, a modo de un punto focal de orden lógico [...] su naturaleza, su individualidad; por último, al igual que el naturalista clasifica los objetos histórico-naturales, tendremos que ordenar todos los cuerpos jurídicos *en* y *por* un sistema". (cursivas en el texto y agregadas).

---

494 VON IHERING, R. *Nuestra tarea*, p. 255; Cfr., además, Id., *El espíritu del derecho romano*, § 46.

Ahora bien, las tres primeras fases de la epistemología kelseniana resultan vinculadas por un componente *construccionista*. En efecto, en cada una de ellas se registra el intento de elevar el umbral de cientificidad de la teoría general del derecho, la teoría general del estado y las ciencias jurídicas particulares —tal como eran cultivadas en los países de cultura germánica entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX— mediante la revisión (aún profunda) y el perfeccionamiento del método de la construcción jurídica, y de su conexa orientación hacia el *sistema*. Se registra, además, que, según Kelsen, la revisión y el perfeccionamiento metodológicos debían ser efectuados utilizando instrumentos conceptuales tomados de los más avanzados enfoques de la reflexión filosófica y de la metodología de las ciencias sociales.

Por tanto, las tres primeras concepciones identifican, en una perspectiva diacrónica y de periodización, tres distintas subfases de una misma y extensa *fase construccionista*, en la cual Kelsen, sirviéndose principalmente de ideas tomadas de la filosofía (neo)kantiana, se propone, en un mismo tiempo, como heredero, continuador y reformador de una bien determinada tradición doctrinal —tradición que, según el mismo Kelsen, habría tenido su origen con la aparición, en el inicio del siglo XIX, de la Escuela histórica del derecho, llegando al apogeo en las obras de Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek—.

La cuarta concepción, por el contrario, marca el alejamiento de la tradición construccionista; pertenece, por tanto, a la segunda y última fase de la reflexión epistemológica de Kelsen; fase, entre 1960 y 1973, (que puede, justamente, denominarse) posconstruccionista[495].

---

[495] La periodización de la doctrina pura ha constituido, a partir de los primeros años ochenta del siglo XX, uno de los principales objetivos de los kelsenólogos. Entre las contribuciones imprescindibles: LOSANO, M.G., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, pp. lvii ss.; BULYGIN, E., *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, pp. 189-213; PAULSON, S., *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, pp. 11-47, donde se distinguen cuatro fases; Id., *Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität*, pp. 83-103, en las pp. 86-88, donde se distinguen cinco fases; Id., *Kelsen's Legal Theory: The Final Round*, pp. 265-274, donde se ofrece una sinopsis de los principales cambios que caracterizan la fase "escéptica" de la obra de KELSEN, en particular respecto de la *Allgemeine Theorie der Normen*; Id., *Introduction*, pp. xxiii-xxvii; Id., *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflection on a Periodization*, pp. 153 ss.,

3.1. Construccionismo (neo)kantiano débil

La primera concepción epistemológica —el *construccionismo neokantiano débil*— es el resultado de la revisión del método jurídico tradicional —centrado sobre las dos operaciones de *alta dogmática*: la construcción de conceptos-institutos y la sistematización del derecho (como se ha visto, la interpretación de los materiales jurídicos pertenece, en cambio a la *baja dogmática*)—, a la luz de influencias filosóficas *neokantianas suroccidentales* (y, de modo particular, de Wilhelm Windelband [1848-1915], principal exponente de la Escuela de Baden), y teniendo en cuenta, además, las contribuciones de Georg Simmel [1858-1918] y de Max Weber [1864-1920] al debate sobre el método y la objetividad de las ciencias histórico-sociales.

Cada uno de los principales elementos de esta primera concepción epistemológica, algunos de los cuales permanecerán inmutables durante toda la reflexión kelseniana sobre el método del conocimiento jurídico, representan uno de los términos de ocho diferentes distinciones de carácter dicotómico:

1. La distinción entre normas y hechos;
2. La distinción entre ciencias normativas y ciencias causales;
3. La distinción entre forma y contenido;
4. La distinción entre racionalismo y espontaneidad;
5. La distinción entre pureza y sincretismo;
6. La distinción entre realismo y ficciones;
7. La distinción entre sistema y agregación, que refleja a su vez la dicotomía entre orden y desorden;
8. La distinción entre teoría general y dogmática jurídica[496].

---

con alguna diferencia ulterior respecto del ensayo precedente; Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, p. 20 nota 4, donde se distinguen tres fases; HEIDEMANN, C., *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, *passim*. La periodización propuesta en el texto, aunque fuertemente tributaria de las contribuciones apenas citadas, no constituye una reiteración servil.

[496] Cfr. KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, tr. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, "Prefacio a la primera edición"; Id., Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. *Die erste autobiographische Skizze*, 1927, tr. it., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, pp. 27-28; Id., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, 1929, e Id., *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo*, 1933, pp. 51-52, ambos

1. *Normas contra hechos (normativismo* vs. *sociologismo).* Sostiene Kelsen que el fenómeno social del derecho puede ser considerado, para fines cognoscitivos, de *dos modos* radicalmente distintos, pero complementarios entre sí.

De un lado, se puede considerar el derecho como *hecho* y, más precisamente, como el *conjunto de hechos sociales* constituido: (i) por los *comportamientos* mediante los cuales se producen, aplican, ejecutan, observan y/o violan normas jurídicas; (ii) por las representaciones psicológicas de las normas jurídicas, en virtud de las cuales ellas funcionan como hechos que influyen causalmente sobre las conductas de los miembros de una sociedad, motivándoles en una alguna dirección[497].

Del otro, se puede considerar el derecho como *norma*, y precisamente como sistema de normas que constituyen, en sí mismas, un objeto de conocimiento:

> "Identifiqué y alcancé —escribe Kelsen[498]— aquello que constituye el punto de vista decisivo para esta labor mediante la intuición de que *el derecho, en su esencia, es norma*, que cada teoría jurídica es, por tanto, *doctrina de las normas*, doctrina de las proposiciones jurídicas y que, en cuanto tal, debe necesariamente ser doctrina del derecho objetivo". (Cursivas agregadas).

---

traducidos en KELSEN, H, TREVES, R., *Formalismo giuridico e realtà sociale*, cit. Algunos ingredientes de esta primera concepción kelseniana de la ciencia jurídica aparecen ya, en honor a la verdad, en las consideraciones desarrolladas por Georg Jellinek acerca del método de la doctrina general del estado, en las obras celebérrimas *Allgemeine Staatslehre* (I ed., 1900; II ed. 1905, tr. it., *La dottrina generale dello Stato*, vol. I) y *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892, tr. it., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*). Se trata, en particular: (i) de la distinción entre "ciencias causales" y "ciencias normativas", sobre cuya base Jellinek distingue entre una doctrina general *social* y una doctrina general *jurídica* del Estado: "La primera tiene por contenido la existencia objetiva, histórica o [...] natural del Estado; la segunda, por el contrario, las normas jurídicas que deben manifestarse en aquella existencia real" (*La dottrina generale dello Stato*, pp. 72 ss.); (ii) de la crítica del "sincretismo metodológico", que confunde el estudio del "fenómeno del derecho, como función social de la comunidad de los hombres" con la "concepción sistemática de su estructura jurídica" (*La dottrina generale dello Stato*, p. 129).

497 Cf. KELSEN, H., *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, 1915, trad. it., *Una fondazione della sociologia del diritto*, en H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, cit., pp. 109-110, 146-147.

498 KELSEN, H., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto*, p. 27.

La distinción entre una "consideración sociológica" y una "consideración normativa" del derecho —que expresa la doble naturaleza, normativa y fáctica— se refleja a su vez, en el interior del mapa kelseniano del saber jurídico, en la distinción entre ciencias jurídicas causales y ciencias jurídicas normativas.

2. *Ciencias normativas contra ciencias causales (deber ser* vs. *ser).* La distinción entre *ciencias causales* y *ciencias normativas* era un dato adquirido en la filosofía neokantiana de Wilhelm Windelband, que dividía el saber:

> "entre *disciplinas explicativas*, es decir, tendidas hacia el mundo del *ser* y a su *explicación causal* en términos de *leyes naturales*, y *disciplinas normativas*, dirigidas hacia el mundo del *deber* y a las *normas*"[499]. (Cursivas agregadas).

Sobre la base de esta distinción, Kelsen sostiene: (i) que el derecho, entendido como *hecho* social, debe ser objeto de una ciencia jurídica causal; (ii) que el derecho entendido, en cambio, como *norma* —y, precisamente, como conjunto de prescripciones de lo que "debe" ser, como conjunto "de órdenes y prohibiciones"— debe ser estudiado por una ciencia jurídica normativa, dirigida a "comprender" las normas jurídicas, en cuanto tales y en sus recíprocas conexiones; (iii) que es necesario, en fin, evitar estudiar el derecho considerándolo, confusamente, como hecho *y* como norma al mismo tiempo, mezclando incautamente "el punto de vista explicativo" con el "normativo"[500]. En efecto, según subraya Kelsen, es necesario tener en cuenta que "ser" y "deber" identifican dos modos del pensamiento (*Denkmodus*) lógicamente distintos y no relacionados; una cosa es una proposición sobre un hecho (por ejemplo, "el soberano ha ordenado a los ciudadanos pagar impuestos sobre la renta") y otra cosa es una norma (por ejemplo, "los ciudadanos deben pagar impuestos sobre la renta"). En consecuencia, una norma no puede derivarse lógicamente de una proposición fáctica o de un conjunto de proposiciones fácticas, sino solamente (o también) de otra norma[501]. Ellos, sea dicho de paso, es conocido en la filosofía analítica contemporánea bajo el rótulo de "Ley de Hume".

---

499 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 8.

500 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 7-9.

501 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 7-9.

3. *Forma contra contenido (conocimiento formal* vs. *conocimiento sustancial).* Un instrumento que sirve para el conocimiento *normativo* del derecho está igualmente constituido, sostiene Kelsen, por la oposición entre *forma* (grosso modo, todo lo que concierne a la estructura, naturaleza o rasgos esenciales de las normas jurídicas, a sus recíprocas relaciones y a sus modos de producción) y *contenido* (grosso modo, lo que estas establecen o pueden establecer).

Teniendo en cuenta esta oposición, la jurisprudencia puede advertir —y satisfacer— la exigencia que Kelsen denomina "formal-teorética", la cual exige elaborar "conceptos jurídicos fundamentales estables" y "universales", tales de constituir los "instrumentos conceptuales gracias a los cuales se puede dominar intelectualmente un derecho particular" cualquiera.

Esta oposición —este "dualismo"—, de cuya relatividad Kelsen es consciente, constituye la base, como veremos pronto, de una división fundamental del trabajo en el interior de la ciencia jurídica normativa entendida en sentido amplio: la división entre la "filosofía del derecho" (denominada también "jurisprudencia dogmática", "teoría general del derecho", "doctrina general del derecho"), de un lado, y las ciencias jurídicas sectoriales, del otro.

4. *Racionalismo contra espontaneidad.* La búsqueda del conocimiento del derecho desde un punto de vista normativo tropieza fatalmente con la alternativa entre un proceder que podría decirse espontáneo y un proceder que es, por el contrario, metodológicamente consciente. Al respecto, Kelsen parece asumir una postura dubitativa:

> "Quizás es realmente posible, guiados por un *instinto* más seguro, lograr *resultados justos sin preocuparse continuamente del* (solo y único) *camino*, que lleve a la meta; quizás no haya en absoluto una única vía, determinada desde el principio, que condicione la obtención de ciertos conocimientos científicos. Quizás *la relación entre la vía y el fin de la búsqueda científica sea totalmente inversa*, quizás no es la vía que lleva al fin, sino que el fin allana cualquier vía. Quizás también valen aquí las profundas palabras [...] que Psique, quien busca a su Eros perdido [...], oye resonar: "*Lo que te lleva al dios no es la vía sino el andar*""[502]. (Cursivas agregadas).

[502] KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 6; Id., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, tr. it. *Tra metodo giuridico e sociologico*, pp. 31-32.

Se trata, sin embargo, de preguntas retóricas. Kelsen considera, sin lugar a dudas, que en la jurisprudencia, la espontaneidad metodológica —el proceder siguiendo el instinto— tiene resultados desafortunados. En efecto, este empuja al jurista, de un lado, a sobrepasar los débiles confines que separan la consideración normativa del derecho de la causal, sociológica y/o psicológica, confundiendo así el ser con el deber, el derecho como hecho con el derecho como norma, el estudio explicativo-causal del derecho con el estudio normativo de tal fenómeno; del otro, a incurrir en dos vicios típicos de la jurisprudencia tradicional: el *sincretismo metodológico* y el recurso a las *ficciones*.

5. *Pureza contra sincretismo*. El primer vicio —que deriva de la espontaneidad metodológica y de la consiguiente confusión entre punto de vista normativo y punto de vista explicativo-causal en relación con el derecho— consiste en el *sincretismo*: en buscar resolver problemas de naturaleza explicativo-causal mediante conceptos que se corresponden con el punto de vista normativo, y viceversa.

Por ejemplo, dado el problema: ¿"Qué cosa es la 'voluntad del Estado', de la que hablan los juristas?", incurriría en el vicio de sincretismo quien considerase que la expresión "voluntad del Estado" no sea, como de hecho es, un modo antropomorfizado y antropomorfizante, de hacer referencia a las *normas* del derecho estatal ("al deber del ordenamiento estatal") sino que, por el contrario, designa a alguna "entidad real-psíquica", análoga a la voluntad de los seres humanos.

El remedio contra el sincretismo, sugiere Kelsen, consiste en perseguir la más absoluta "pureza" metodológica; en distinguir cuidadosamente entre problemas normativos y problemas empíricos y, una vez hecho esto, usar conceptos normativos para aproximarse y proponer soluciones para los primeros, y conceptos empíricos para aproximarse y proponer soluciones para los segundos.

> "El científico del derecho [...] —sostiene Kelsen[503]— no puede *juntar en sus conceptos* el mundo del ser y el mundo del deber, por ello, necesita *decidir si quiere explicar como sociólogo y psicólogo* lo que efectivamente sucede, el

[503] KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 9.

obrar de los hombres, o *si quiere comprender las normas jurídicas*, si quiere obtener sus conceptos de uno u otro mundo". (Cursivas agregadas).

6. *Realismo contra ficciones.* El segundo vicio, estrechamente asociado con el sincretismo, consiste en el frecuente recurso a las *ficciones* (aquí aparece, unido al rechazo de la espontaneidad metodológica apenas mencionada, otro motivo apreciado por Bentham y Austin: Cfr. *supra*, caps. I y II):

> "El jurista —escribe Kelsen[504]— no puede ocuparse de problemas planteados por el psicólogo o por el sociólogo, problemas que, por ello, solo pueden ser resueltos por estos con sus específicos instrumentos de investigación. De lo contrario, corre el riesgo de caer en el mismo error que debe ser reprochado a muchos teóricos del derecho natural, quienes creen poder resolver un problema sociológico con una construcción jurídica. Cuando les preguntan: "¿Cómo surgió el Estado?", responden: "con un contrato". La mezcolanza de formas de consideración recíprocamente excluyentes lleva necesariamente a la *ficción, a la afirmación de una realidad en consciente contradicción con la realidad efectiva.* Y nada es tan característico de la situación de la ciencia jurídica moderna como el hecho de que su teoría está impregnada de ficciones. *La lucha contra la ficción, contra esta necesaria mentira reprobable de la ciencia, es una de las finalidades de mi labor*". (Cursivas agregadas).

A ello, Kelsen contrapone la exigencia de elaborar conceptos y proveer soluciones teóricas adecuadas a la realidad del derecho, en la doble dimensión de su realidad psicológica-social y de su realidad normativa o ideal.

7. *Sistema contra agregación (la sistematización como parámetro de cientificidad de la jurisprudencia).* Un séptimo elemento de la epistemología constructivista (neo)kantiana débil está constituido por la idea según la cual la jurisprudencia, si quiere ser *ciencia*, debe perseguir, en el nivel de la teoría general del derecho, el objetivo de elaborar:

> "aquel sistema lógicamente cerrado de conceptos fundamentales unitarios de validez universal y que se correspondan con el carácter metodológico conjunto de la disciplina".

---

504 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 9-10. En la perspectiva de Kelsen, son ficciones, por ejemplo, la idea de que haya un "espíritu de las leyes" y la idea de que haya lagunas en el derecho.

Un sistema así entendido, sostiene Kelsen, "constituye la legitimación necesaria de una *ciencia* de la jurisprudencia". Este puede ser construido solo bajo dos condiciones. Primero, el jurista debe superar la "fuerte especialización de la más reciente teoría jurídica", que "ha destruido, en detrimento de sus fundamentos generales, el nexo necesario entre las diferentes ramas de la ciencia del derecho"; segundo, debe, además, recuperar un "contacto continuo con todo el conjunto de la construcción jurídica"[505].

En el primer periodo de su reflexión sobre el conocimiento jurídico y, en particular, sobre el estatus de la teoría del derecho, Kelsen propone, tomando como referencia a Adolf Merkel (Cfr. cap. III, § 3), una radicalización de la tradicional orientación al sistema, con el fin de favorecer la elaboración del sistema transectorial del derecho positivo considerado en su conjunto, a expensas de las sistemáticas sectoriales de las ciencias jurídicas particulares.

8. *Teoría general del derecho contra dogmática jurídica (doble nivel del conocimiento jurídico normativo).* Un último elemento de la originaria epistemología jurídica kelseniana, que permanecerá en todas las concepciones sucesivas, consiste en la división del trabajo —dentro de la jurisprudencia normativa o ciencia del derecho entendida en sentido amplio— entre las ciencias jurídicas sectoriales, por una parte, y la jurisprudencia dogmática, filosofía del derecho, o teoría (general) del derecho, por otra.

Las primeras, como en Merkel, dan cuenta del contenido de los diferentes sectores de un derecho positivo, que, siguiendo a Ihering, reconstruyen en sistemas de "cuerpos" o "institutos".

La teoría general del derecho se ocupa, por el contrario, de la "construcción" o "determinación de los conceptos fundamentales del derecho" ("norma jurídica", "estado", "voluntad del estado", "obligación jurídica", "órgano estatal", "ley en sentido formal", "ley en sentido material", "derecho subjetivo", etc.), y contrapone a los sistemas sustanciales de las ciencias sectoriales un sistema formal, "carente de contradicciones", formado de conceptos universales "lógicamente defendibles", a la luz del cual valorar la correcta edificación de los sistemas sustanciales[506].

---

505 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 12.

506 KELSEN, H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 8-9, 12, 13, 14. "En cada caso —afirma Kelsen— me atengo al postulado de una única doctrina general del derecho y de conceptos jurídicos fundamentales unitarios,

La fase del construccionismo (neo)kantiano débil abarca, grosso modo, las obras publicadas en los años 1911-1919. Sin embargo, se suele distinguir en su interior un extenso período de transición hacia la segunda fase, más fuertemente influenciada por la epistemología (neo)kantiana. La transición tuvo su inicio en 1912 con el "descubrimiento", por parte de Kelsen, de la filosofía de Hermann Cohen [1842-1918], exponente primario del denominado *neokantismo de Marburgo*[507].

3.2. Construccionismo (neo)kantiano fuerte

La segunda fase de la reflexión epistemológica de Kelsen abarca el periodo que va, grosso modo, desde 1920 —año de publicación de *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional)[508]— hasta el final de los años treinta[509].

La concepción epistemológica correspondiente a esta fase, dentro de la más amplia fase construccionista, se caracteriza, como fuera dicho, por una mayor influencia de ideas derivadas de la filosofía (neo)kantiana. En vista de ello, algunos estudiosos hablan de "Fase trascendental" (Heidemann) o,

---

comunes a todos los campos jurídicos y que es necesario construir, para todos los campos, según los mismos principios metodológicos".

507 Cfr. KELSEN, H., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto*, pp. 27-28; Id., *Scritti autobiografici*, pp. 59-60: "Considero garantizada la pureza metodológica indispensable para la ciencia jurídica por la contraposición entre *ser* (*Sein*) y *deber* (*Sollen*), *que ningún filósofo había formulado con más rigor que Kant*. Por lo tanto, desde el inicio, la filosofía de Kant fue mi Estrella Polar. La acogía, en principio, en la forma que había sido trasmitida por los filósofos de la escuela alemana sur-occidental [...] Solo a través de una recensión de mis *Hauptprobleme* publicada en "*Kant-Studien*" me di cuenta del notable paralelismo existente entre mi tratamiento de la voluntad en el derecho [...] y la filosofía de la voluntad pura de Cohen. Solo entonces me dediqué al estudio de los neo-kantianos de Marburgo [...] cuya teoría del conocimiento ejerció sobre mí un influjo duradero, aunque no la siguiese en cada uno de sus elementos" (cursivas agregadas).

508 KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Una segunda edición sería publicada en 1929, provista de un importante —para nuestros fines— nuevo "Prefacio".

509 KELSEN, H., *Scritti autobiografici*, pp. 59-60.

nuevamente, del "período neokantiano" de la "Fase clásica" (Paulson)[510]. Me referiré a ella, de un modo más bien explícito, como la fase del "construccionismo (neo)kantiano fuerte".

El construccionismo (neo)kantiano fuerte se caracteriza, ante todo, por mantener firmes las ideas que caracterizaron la fase anterior. Kelsen, sin embargo, integra estas ideas añadiendo nuevos aspectos. En primer lugar, identifica (9) los postulados de una *epistemología jurídica constructivista* ("científico-crítica"), que servirán como base para el conocimiento científico del derecho como fenómeno normativo. En segundo lugar, utiliza estos postulados para elaborar (10) un *modelo constructivista de exposición doctrinal del derecho*, es decir, un modelo prescriptivo relativo al conocimiento científico del derecho positivo por parte de la ciencia jurídica en cuanto estudio doctrinal. Como veremos, en la construcción de este modelo, Kelsen recupera, transformándola, la exigencia de sistematización del derecho (poner el derecho en forma de "sistema") propia de la jurisprudencia construccionista. En tercer lugar, revisa el requisito de la *pureza*, introduciendo entre sus condiciones, junto con el rechazo del sincretismo (5), (11) la adhesión a la más rigurosa "neutralidad valorativa" o "avaloratividad" (*Wertfreiheit*), claro está, frente a los valores ético-políticos; no así, como veremos, respecto a los valores epistémicos (verdad, coherencia, claridad, capacidad explicativa, honestidad intelectual, etc.), puesto que Kelsen, en su consiguiente positivismo crítico, considera la neutralidad valorativa absoluta un objetivo falso e imposible[511].

---

510 Cfr. PAULSON, S. *Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen — Com pós-escrito inédito*, p. 16.

511 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, pp. 39-50; Id., *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo*, pp. 51-54; Id., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920, tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, "Prefacio", y pp. 5 ss., 126 ss.; Id., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, tr. es., *Teoría general del estado*, pp. clxxxvii-cxci; Id., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1929, tr. it., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, en Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 395-454, donde, por cierto, Kelsen menciona a Kant pero a ningún autor neokantiano; Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, tr. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, "Prefacio" y passim.

9. *Dos postulados para una epistemología jurídica constructivista.* La "revolución copernicana" —como se le suele denominar— hecha por Kant en la epistemología tiene su núcleo en la idea según la cual conocer algo implica, paradójicamente, su *construcción* por parte del sujeto cognoscente; él *construye* el objeto de sus investigaciones, forjando el aparato de conceptos y de tesis a través del cual puede ser comprendido[512].

Los principales elementos de la epistemología (neo)kantiana tomados por Kelsen en el segundo periodo de la fase construccionista consisten, aparentemente, en dos postulados: el postulado constructivista y el postulado de inteligibilidad.

El *postulado constructivista* sostiene que el conocimiento no es la reproducción pasiva de un objeto dado —adecuación pasiva del intelecto a la cosa en sí— sino la activa *producción* o *construcción*, por parte del sujeto cognoscente, del objeto de su conocimiento, a partir, claro está, de un dato originario constituido de materiales sensibles.

El *postulado de inteligibilidad* sostiene que el conocimiento, para ser científico, debe construir (producir) su propio objeto como *un todo inteligible*; como un conjunto coherente de elementos dotados en sí mismo de sentido (coherencia lógica y sensatez)[513].

10. *Un modelo constructivo de ciencia jurídica (sistematización constructivista y norma fundamental).* Los dos postulados de la epistemología (neo)

---

512 Cfr. KANT, I. *Critica della ragion pura*, "Prefacio a la segunda edición", B xvi-xviii.

513 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 440 ss.; en el "Prefacio" a su *Allgemeine Staatslehre* (tr. es., *Teoría General del Estado*, p. clxxxviii) Kelsen reconoce influencias de la epistemología kantiana en la teoría general del estado alemán de von Gerber, Laband y Georg Jellinek, presentándose, a su vez, como el heredero de aquella tradición de investigaciones y el consciente y consecuente usuario de la epistemología de Kant: "Su método —escribe Kelsen— estaba influido, de modo más o menos consciente y consecuente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos con categorías trascendentales [entendidas] como condiciones [de la posibilidad de conocimiento, ndr] de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (entendidas como cualitativas y tras-sistémicas) en diferencias relativas, cuantitativas e intrasistémicas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo a la esfera de la validez lógico-objetiva; he aquí algunos momentos esenciales de este método, y las directrices de mi obra teórica".

kantiana, sugiere Kelsen, permiten justificar la tradicional actividad de sistematización de la jurisprudencia; ya no *a parte obiecti*, apelando, como en Savigny, a la misteriosa idea de la naturaleza "orgánica" del derecho y, por ende, a la ideología del carácter sistemático intrínseco del derecho, sino *a parte subiecti*, sobre la base de una autorizada doctrina filosófica del conocimiento científico.

Los dos postulados de la epistemología (neo)kantiana se convierten así en los postulados fundamentales de una metodología prescriptiva de la ciencia jurídica —o, si se quiere, de una doctrina del conocimiento científico del derecho: de una *juristische Erkenntnislehre*—. Ellos, sin embargo, no cuentan con una aplicación directa por parte del jurista kelseniano, sino solo indirecta; precisamente, a través de una construcción conceptual que representa uno de los aspectos más peculiares de la doctrina pura: la idea de la "norma fundamental" (*Grundnorm*) —también denominada, en los escritos del periodo, "norma originaria" (*Ursprungsnorm*)—.

La norma fundamental —precisa Kelsen— *no* es una norma positiva. Es, por el contrario, una construcción doctrinal que cumple una doble función: de *hipótesis epistemológica* y de *principio epistemológico*, respectivamente.

Como *hipótesis epistemológica*, la norma fundamental es la norma cuya existencia viene tácita e hipotéticamente asumida por los juristas para conseguir dos resultados. El primero consiste en atribuir un "significado normativo" a los hechos que se presentan, desde el punto de vista de los sujetos que los llevan a cabo, como productores de normas; en considerar ciertos conjuntos de "materiales empíricos", que expresan "órdenes" eficaces en su conjunto, como "derecho", como "sistemas de normas jurídicas". El segundo resultado consiste en considerar tales sistemas normativos como sistemas de normas jurídicas "válidas". El primer resultado se consigue mediante la idea de una autorización objetiva de producir normas jurídicas; una norma no es una prescripción cualquiera sino una prescripción (cuya producción está) objetivamente autorizada. El segundo resultado se consigue mediante la idea según la cual la autorización es "autorización de producir normas" que *deben ser* observadas, aplicadas, ejecutadas por sus destinatarios. Una norma no es una prescripción cualquiera, sino una prescripción objetivamente vinculante en tanto que producida por un órgano autorizado.

Como Kelsen ha tenido cuidado en enfatizar, se recurre a la hipótesis de la norma fundamental exclusivamente para fines cognoscitivos y expositivos, sin que cumpla alguna valoración moral, ni para ofrecer alguna justificación

moral de las normas que son objeto del conocimiento. En particular, sin postular entidades trascendentes (Dios, la Naturaleza) como "fundamentos" de la validez de las normas de los ordenamientos positivos. De hecho, se trata, por definición, de una validez solo "hipotética" y "relativa", que debe ser rigurosamente distinguida de la validez "absoluta" (obligatoriedad moral) de las normas jurídicas que, por el contrario, necesariamente depende de la adhesión a alguna filosofía de la justicia (doctrina del derecho justo)[514].

La función de la norma fundamental, como hipótesis epistemológica, permite comprender —y, si se quiere, desmantelar— la metáfora constructivista del "conocimiento que crea, que construye su propio objeto" apreciando su alcance preciso. Cabe notar, en efecto, que la "construcción" consiste, bien vistas las cosas, en adscribir a agregados de materiales empíricos que se autocalifican como jurídicos el sentido, el valor, de sistemas de normas jurídicas objetivamente válidas. La "creación" o "construcción" del objeto del conocimiento no es, pues, sino *interpretación*; una interpretación *normativa*, de algo como "norma".

Como *principio epistemológico*, la norma fundamental tiene un contenido que "afirma las condiciones en las que el material empírico puede ser definido, con mayor precisión, como derecho positivo por la ciencia jurídica"[515]; en otras palabras, resume las condiciones trascendentales (los "presupuestos lógicos") del conocimiento normativo del derecho positivo.

Como *hipótesis epistemológica*, la norma fundamental prescribe que

> "se debe actuar obedeciendo las órdenes de la autoridad suprema y de las autoridades que esta delegue" o, más precisamente, que "bajo ciertas condiciones establecidas por la autoridad suprema [o por las autoridades que ella delegue], se debe aplicar la coerción en la manera determinada" por tales autoridades[516].

---

514 En la última fase de su reflexión epistemológica, la fase del postconstruccionismo desciptivista, Kelsen configurará la norma fundamental no ya como una hipótesis epistemológica sino como una ficción epistemológica (cfr., además, §3.4); sobre la teoría kelseniana de la validez, cfr., también §5.12.

515 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 412.

516 Cfr. también la formulación ofrecida en KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 98, que se encontrará grosso modo idéntica también en las obras de los periodos sucesivos: "La formulación esquemática de la norma fundamental de un

Como *principio epistemológico*, la norma fundamental prescribe:

(a) que "las órdenes de la autoridad suprema" y de las autoridades delegadas "deben ser interpretadas come un todo dotado de sentido"[517];

(b) que, para este fin, debe recurrirse a un conjunto de "principios de interpretación" que, en su conjunto, respetan y aplican "el principio de [no] contradicción en el ámbito normativo". Entre estos principios de interpretación figuran, por ejemplo,

> "el principio *lex posterior derogat priori*, el principio por el cual la norma inferior debe ceder ante la norma superior [*lex superior derogat legi inferiori*, ndr], la reinterpretación de las cláusulas constitucionales concernientes a la promulgación de las leyes [para obviar el problema de las denominadas leyes inconstitucionales o contrarias a la constitución, ndr], la regla concerniente a dos disposiciones contradictorias de una misma ley, la declaración que parte del contenido de una ley puede ser jurídicamente irrelevante, etc."[518].

En conclusión, a la luz de la norma fundamental, entendida a la vez como hipótesis epistemológica y como principio epistemológico, una agregación de materiales empíricos que se autocalifican como "derecho" (que son derecho "en sentido subjetivo", es decir, para quienes los crearon, los aplican, los utilizan), constituye un ordenamiento jurídico positivo

---

ordenamiento jurídico [estatal, ndr] es la siguiente: "La coacción debe ser puesta en las condiciones y en el modo que ha sido determinado por el primer constituyente o por los órganos delegados por él".

517 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 408: "En un ordenamiento jurídico positivo [...] la norma fundamental no puede significar simplemente la institución de un órgano para la producción del derecho [...] si el sistema de normas jurídicas positivas, erigido sobre la norma fundamental, debe ser un conjunto dotado de significado, un esquema comprensible, un objeto posible de conocimiento en algún sentido (asunción inevitable para una ciencia jurídica que se valga, con la finalidad de comprender, de la hipótesis de la norma fundamental), entonces la norma fundamental debe proveer para ello. Esta debe establecer no ya un ordenamiento justo, sino dotado de sentido. Con la ayuda de la norma fundamental los materiales jurídicos que han sido producidos como derecho positivo deben ser comprensibles como un todo dotado de significado, es decir, deben prestarse a una interpretación racional".

518 KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 413.

(son derecho "en sentido objetivo", o en la perspectiva del conocimiento científico de la experiencia jurídica), *si y solo si*, dichos materiales expresan (1) normas coactivas, (2) generales o individuales, (3) producidas por una misma cadena de autoridades competentes, (4) inteligibles, (5) mutuamente compatibles, y (6) eficaces en conjunto[519].

Usando la norma fundamental como principio basilar de una metodología prescriptiva de la ciencia jurídica, el jurista (que se adhiera al modelo kelseniano) debe llevar a cabo dos tipos de investigaciones vinculadas entre sí: pasar, en una primera fase, de los materiales empíricos a las normas, y, en una segunda fase, de las normas al sistema.

De los materiales empíricos a las normas jurídicas. En la primera fase de su labor, el jurista kelseniano debe (re)construir *normas jurídicas* a partir de los, generalmente caóticos, materiales jurídicos positivos (leyes, códigos, sentencias, costumbres, tratados, etc.), determinando cuáles de ellos expresan realmente normas, pudiendo ser reformulados en la forma estándar del enunciado condicional: "Si X, debe ser A", donde "X" simboliza una cierta conducta (por ejemplo: cometer un robo, no ejecutar exactamente la prestación pactada) y "A" simboliza la consecuencia jurídica de "X", que consiste en una sanción coercitiva (pena o resarcimiento del daño, susceptibles de ejecución coactiva)[520]. Esta primera operación llevará inevitablemente a distinguir los materiales positivos en dos grupos: de un lado, los materiales "jurídicamente relevantes", que expresan normas coercitivas u otras normas conectadas a estas; del otro, los materiales "jurídicamente irrelevantes" que expresan, por ejemplo, "reglas que [...] no pueden ser relacionadas directa o indirectamente con un acto de coerción", "proposiciones de carácter teórico", "referencias a los motivos del legislador", invocaciones a la divinidad, expresiones de gratitud hacia los padres de la patria, etc.

---

519 La norma fundamental "en un cierto sentido, implica la *transformación del poder en derecho*" (KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 437, cursiva agregada).

520 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 408 ss., 411-413. El tema es tocado con precisión, aunque sea fugazmente, por BULYGIN, E., *Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho*, 1983, tr. it., *Sul problema dell'applicabilità della logica al diritto*, en Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, p. 143.

De las normas jurídicas al sistema del derecho positivo. En la segunda fase de su labor, el jurista kelseniano debe presentar los conjuntos de normas jurídicas, (re)construidos en el sentido apenas precisado, como "sistemas" normativos:

a) "Unitarios" en cuanto al "fundamento" de la "validez" de las normas que los componen, destacando la derivación común de la misma norma fundamental hipotética —que representa la "constitución en sentido lógico-trascendental" de cada ordenamiento—;

b) "Completos" desde el punto de vista de su aplicabilidad a cualquier controversia jurídica[521];

c) "Coherentes" en su interior, ya que la ciencia jurídica puede "resolver" —pero sería mejor decir: *disolver*— todas las (aparentes) incompatibilidades. *Sea* las incompatibilidades entre normas de igual grado, con la ayuda de los tradicionales criterios cronológico (*lex posterior*) y de especialidad (*lex specialis*), o bien asumiendo, de forma subordinada, que las dos normas, según su "sentido objetivo", puedan indiferentemente ser aplicadas por los órganos de aplicación (*discrecionalidad*) o se eliminan la una a la otra. *Sea* las incompatibilidades entre normas superiores y normas inferiores, recurriendo, en los casos extremos (pero no raros) de ordenamientos que incluyan "leyes contrarias a la constitución" y "sentencias contrarias a la ley", a la hipótesis teórico-general de la denominada "cláusula alternativa tácita". Según esta hipótesis, pues, una norma general superior, por ejemplo, una norma de ley:

> "contiene no sólo el precepto de que la sentencia judicial o el acto administrativo deben ser producidos de una manera determinada y deben tener un contenido determinado, sino que contiene también, al mismo tiempo, el precepto siguiente: que una norma individual producida en manera diferente o con un contenido diferente debe valer hasta cuando no sea anulada, mediante un procedimiento determinado, por estar en contradicción con el primer precepto"[522].

---

521 KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 125 ss.

522 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 409-413; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 93-94, 95 ss., 112 ss., 120. "El *carácter alternativo* de la norma superior que regula la norma inferior —sostiene

En este cuadro, la tarea de la teoría (general) del derecho consiste, principalmente, en proveer a los juristas sectoriales el aparato conceptual necesario para cumplir con éxito las operaciones apenas descritas. En particular (come veremos con mayor detalle en § 5), esta debe proveerles:

(1) una *teoría de las relaciones* entre *derecho y moral, derecho y religión, derecho y fuerza*, dirigida a proveer una redefinición científicamente adecuada de los conceptos pertinentes, entre ellos, ante todo, el concepto de derecho positivo;

(2) una *teoría* (general) *de las normas jurídicas*, que incluya una concepción de su forma lógica, o "forma fundamental" —puesto que, como se ha visto, (re)construir normas a partir de los materiales jurídicos positivos consiste en reproducir su contenido normativo, oportunamente identificado para fines cognoscitivos, mediante formas normativas adecuadas a su naturaleza de normas *jurídicas*[523]—;

(3) una *teoría* (general) *de los conceptos jurídicos fundamentales* ("derecho subjetivo", "deber jurídico", "ilícito", "sanción", "responsabilidad", etc.);

(4) una *teoría* (general) *de las relaciones entre las normas jurídicas* o *teoría de la estructura de los ordenamientos jurídicos* —entendida, tomando como referencia a Adolf Merkl, como una "estructura" o "construcción en grados" (*Stufenbau*)—;

Kelsen (pp. 115-116)— *excluye la posibilidad* de que la norma inferior se encuentre en una *verdadera contradicción lógica* con la superior, ya que una contradicción con la primera de las dos prescripciones alternativas, en que se divide la entera norma de grado superior, no constituye una contradicción con la entera norma configurada de modo alternativo [...] La "norma contraria a la norma" o es solo anulable, es decir, norma válida y, por tanto, norma conforme al derecho hasta su anulación, o bien es nula, en el cuyo caso no es una norma. El conocimiento normativo no tolera una contradicción entre dos normas del mismo sistema". Sobre la denominada "cláusula alternativa tácita", que representa uno de los puntos más controvertidos de la teoría pura, volveré en §5.12.

523 Se trata de la forma del "juicio hipotético que expresa la relación específica de un hecho condicionante (ilícito) con una consecuencia condicionada (sanción)": KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 63, 66.

(5) una *teoría* (general) *de las relaciones entre derecho y estado*, dirigida a rebatir el dualismo sincrético e ideológicamente comprometido, instalado en la teoría general del estado del siglo XIX;

(6) una *teoría* (general) *de las relaciones entre ordenamientos jurídicos*, con particular referencia a las relaciones entre *derecho estatal y derecho internacional*;

(7) una *teoría de la interpretación jurídica* con particular atención a la posibilidad de configurar una interpretación rigurosamente cognoscitiva, distinta de la interpretación políticamente orientada[524].

11. *La pureza como carácter avalorativo*. Es, finalmente, reexaminado el requisito originario de la *pureza*, que incluye, junto con el rechazo del sincretismo metodológico y su conexa y neta separación entre "consideración normativa" y "consideración sociológica" del fenómeno jurídico, la exigencia de la más rigurosa distinción entre *conocimiento* del derecho y *política* del derecho; entre discursos avalorativos y discursos políticamente (ideológicamente, axiológicamente) comprometidos[525].

El requisito del carácter avalorativo implica, en el ámbito de *pars destruens*, que el teórico kelseniano del derecho debe poner en evidencia y neutralizar las ideologías jurídicas que se esconden en el aparato de conceptos y distinciones alcanzados por la jurisprudencia tradicional. Impone, en otros términos, desencadenar una *caza a las ideologías*. Al respecto, resulta ejemplar la crítica de Kelsen a varios "dualismos" tradicionales; entre ellos el dualismo "estado / derecho", "derecho objetivo / derecho subjetivo", "derecho privado / derecho público", "derecho estatal / derecho internacional", "producción de normas / aplicación de normas", "producción de normas / interpretación de normas", etc.[526].

---

524 Se duda que dicha teoría —de corte radicalmente realista— pueda considerarse congruente respecto a la orientación sistemática de la ciencia jurídica. Cfr., sobre el punto, GUASTINI, R. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 211-216. Sin embargo, la incongruencia desaparece apenas se distinguen dos formas de "descripción" de un derecho positivo: la descripción estática y la descripción dinámica. Sobre este punto, que concierne a la interpretación de la teoría pura del derecho, volveré en el capítulo VI.

525 Cfr. KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 59-60.

526 Cfr. KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 77 ss., 132 ss., 138 ss.

El carácter avalorativo implica, además, que a la teoría del derecho *more kelseniano* no le compete proveer alguna solución al denominado *problema de la normatividad* u *obligatoriedad* (absoluta, moral) del derecho. Tratándose de una cuestión puramente ético-normativa, en el plano del *conocimiento* del derecho se le puede dar tan solo una solución hipotética, representada, como fuera señalado, por la presuposición de la norma fundamental, que confiere a los ordenamientos jurídicos positivos indagados por los juristas una validez condicionada: "*Si* se asume que nos debemos comportar como prescribe la norma fundamental del ordenamiento OJ_i, entonces las normas que componen OJ_i deben ser consideradas, para fines cognoscitivos, normas objetivamente válidas (obligatorias)"[527].

3.3. Construccionismo (neo)kantiano descriptivista

La tercera fase de la reflexión epistemológica kelseniana, la última construccionista, abarca, grosso modo, los escritos publicados entre 1940 y 1960. Se incluyen en ella dos grandes obras: la *General Theory of Law and State* [1945], concebida como una presentación de la doctrina pura del derecho al mundo jurídico angloamericano, y la *Reine Rechtslehre* [1960], la segunda edición revisada y ampliada de la *Reine Rechtslehre* publicada en 1934. La fase se caracteriza por un "giro descriptivista", que representa un elemento novedoso respecto al constructivismo de la fase precedente. En la opinión de algunos kelsenólogos, este cambio reflejaría la influencia predominante, ejercida sobre el pensamiento de Kelsen, a partir del fin de los años treinta, del "positivismo" y del "realismo" epistemológico[528], y ésta, como fuera mencionado antes, habría producido una combinación

---

527 Cfr. KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 96 ss., 104.

528 Cfr., p.e., BULYGIN, E. *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, cit.; PAULSON, S. *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, cit.; HEIDEMANN, C. *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, cit. Entre los ensayos que documentan la adhesión a una concepción neoempirista de la ciencia jurídica, más allá de lo que se mantiene aun en la segunda edición de *La dottrina pura del diritto*, cfr. H. Kelsen, *Science and Politics*, en Id., *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, pp. 350 ss. Cfr., además, Id., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, cap. VI, en cuya bibliografía aparecen obras de precursores (E. Mach) y exponentes del positivismo lógico (H. Reichenbach, M. Schlick).

de elementos incompatibles al interior del pensamiento kelseniano. Sin embargo, cabe advertir que Kelsen presenta el giro descriptivista como un cambio de carácter esencialmente terminológico; sus ideas en relación con la ciencia jurídica —sostiene Kelsen— serían sustancialmente las mismas que se encuentran en la fase precedente. Solamente habría cambiado la formulación, gracias a la introducción de un aparato conceptual más preciso y articulado[529]. Así las cosas, no se puede sino notar que la tercera fase se caracteriza por algunas novedades muy relevantes. Cuatro novedades en particular: el descriptivismo (12); la distinción, vinculada con la primera, entre norma jurídica y proposición jurídica (13); el paso del constructivismo sistemático normativo, que caracteriza la fase anterior, al constructivismo sistemático proposicional (14); y, finalmente, la distinción entre descripción estática y descripción dinámica de las normas jurídicas (15), que trataré en el próximo capítulo (cap. VI, § 3)[530].

12. *Descriptivismo*. El descriptivismo es la tesis de metodología prescriptiva de la ciencia jurídica (en particular, de las ciencias jurídicas sectoriales, consideradas singularmente o en su conjunto), según la cual la tarea principal de la ciencia jurídica, en cuanto actividad de *conocimiento* del derecho, consiste en *describir* las normas válidas (obligatorias, vinculantes) de un determinado ordenamiento jurídico positivo, o de cualquiera de sus sectores[531]. En la segunda fase, como hemos visto, bajo la influencia de la epistemología constructivista (neo)kantiana, la labor del jurista científico era caracterizada, más bien, en términos de *(re)construcción* de las normas a partir de los materiales jurídicos brutos proporcionados por las autoridades normativas. En ambos casos, sin embargo, se trata de operaciones de carácter cognoscitivo,

529 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 98 nota 1. La nota ha sido omitida en la traducción inglesa efectuada por Max Knight (KELSEN, H., *The Pure Theory of Law*, Berkeley, Cal., University of California Press, 1967).

530 Cf. KELSEN, H., *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, 1941, en Id., *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, cit., pp. 266-287; Id., *General Theory of Law and State*, cit., cap. I, D), X, XI, XII; Id., *Reine Rechtslehre*, cit., cap. I-III, V, VIII.

531 KELSEN, H., *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pp. 267 ss.; Id., *General Theory of Law and State*, p. 163: "Like any other empirical science, normative jurisprudence describes its particular object"; Id., *La dottrina pura del diritto*, §§ 16-18.

mediante las cuales el jurista pretende informar sobre el contenido de un cualquier ordenamiento jurídico.

13. *Normas jurídicas vs. proposiciones jurídicas.* ¿De qué modo, sin embargo, la ciencia jurídica puede *describir* normas jurídicas?

Aquí entra en juego la segunda novedad en la reflexión kelseniana sobre el conocimiento del derecho: la distinción entre "norma jurídica" ("*Rechtsnorm*", "*legal norm*") y "proposición jurídica" ("*Rechtssatz*", "*rule of law in a descriptive sense*"). Una norma jurídica es el sentido de un acto de voluntad de un órgano jurídico, dirigido al comportamiento de los demás, según el cual algo debe ser o debe suceder. Una proposición jurídica, por el contrario, es una proposición deóntica (*Sollsatz*) que pretende describir lo que, según una norma jurídica válida de un determinado ordenamiento positivo, debe ser o debe suceder. Las normas jurídicas son generales ("Si alguien comete un robo, debe ser sancionado con prisión de seis meses") o bien individuales ("Fulana debe ser punida con prisión de seis meses")[532]. Paralelamente, las proposiciones jurídicas pueden describir normas generales o normas individuales[533]. Las proposiciones jurídicas que describen normas generales son proposiciones deónticas ("Sollsätze"), de forma sintáctica condicional ("juicios hipotéticos"), del siguiente tipo: "Según el ordenamiento jurídico OG_i, si se verifican ciertas condiciones *F*, establecidas por el ordenamiento, entonces *deben* seguirse ciertas consecuencias jurídicas (coercitivas) *C*, determinadas por el ordenamiento"[534].

En el ámbito de la teoría del derecho, cual laboratorio conceptual al servicio de la ciencia jurídica estrictamente entendida, Kelsen distingue, en beneficio de los juristas sectoriales, dos tipos de proposiciones jurídicas: las

---

532 KELSEN, H., *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, p. 267; Id., *La dottrina pura del diritto*, § 18.

533 La forma estándar de las proposiciones jurídicas que describen normas judiciales individuales sería, grosso modo, la siguiente: "Según el tribunal X de Y, A, habiendo cometido un determinado robo en violación de la norma penal NP, verificado según las normas del código procesal penal NPP_1-NPP_N, debe ser recluido por un año en el establecimiento penitenciario Z" (KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 100).

534 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 68 ss., 87-88, 91-92; Id., *Science and Politics*, pp. 362 ss.

proposiciones jurídicas (que podríamos denominar) *simples* y las proposiciones jurídicas (que podríamos denominar) *complejas*.

Las *proposiciones jurídicas simples* describen *normas sancionadoras* aisladamente consideradas. Las *proposiciones jurídicas complejas* describen, en cambio, conjuntos de normas (algunos hablan de "macronormas"), compuestos típicamente por una norma primaria sancionadora acompañada de "sus" normas accesorias de competencia, definitorias, de excepción, procesales, etc., es decir, de los distintos "fragmentos de norma" —de las diversas "normas no autónomas"— que se relacionan con ellas (retomaré el tema en el § 5).

> "Consideremos la situación que se verifica cuando, en un ordenamiento jurídico estatal, el robo está prohibido mediante una ley que impone una pena de detención. La condición de la pena prevista por la norma no es solo el hecho de que una persona haya cometido un robo [...] La proposición jurídica con la cual se describe esta situación se puede expresar así: "Si los individuos autorizados [por la constitución, ndr] a legislar han establecido una norma general, con base en la cual quien ha cometido un robo es sancionado de un cierto modo, y si el tribunal autorizado por las normas del proceso penal, en un procedimiento regulado por las normas del proceso penal, ha verificado que una determinada persona ha cometido un robo, y si este tribunal ha impuesto la pena prevista por la ley, entonces un determinado órgano debe ejecutar esta pena". Esta formulación de la proposición jurídica que describe el derecho —prosigue Kelsen— muestra cómo las normas constitucionales, que autorizan a producir normas generales [...] y las normas del proceso penal, que autorizan a producir las normas individuales de las sentencias judiciales penales [...] son normas no autónomas, dado que determinan solo bajo qué condiciones deben ser ejercidas las sanciones penales"[535].

[535] KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 70. Una distinción ulterior, a la que ahora solo puedo aludir, es la distinción entre proposiciones jurídicas "isomorfas" y proposiciones jurídicas "no-isomorfas". Las primeras reproducen, a la letra aunque elípticamente, las normas que describen y son, por tanto, desde el punto de vista de su formulación (o "forma gramatical") no distinguibles de su objeto, sino sobre la base del contexto (obra doctrinal vs. documento normativo); las segundas tienen, por el contrario, una forma gramatical distinta, que evidencia inmediatamente su carácter de enunciados metanormativos. Cfr. KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 87-88, 90-92 y, para un ejemplo de proposición jurídica compleja, p. 70.

14. *Constructivismo sistemático proposicional.* La tradicional orientación de la ciencia jurídica del siglo XIX hacia el sistema es mantenida también en esta fase. Sin embargo, sufre una profunda transformación en relación con la fase (neo)kantiana fuerte (*supra* § 3.2). El *sistema* que ahora los juristas deben construir ya no es más, *directamente*, el sistema *de las normas* de un cierto ordenamiento jurídico; por el contrario, es el sistema *de las proposiciones jurídicas* que describen las normas de un ordenamiento jurídico.

En este sentido, se pasa del constructivismo sistemático (que podríamos decir) *normativo* del periodo anterior a un constructivismo sistemático (que podríamos decir) *proposicional.* En efecto, el resultado de las fatigosas sistematizaciones de los juristas no es más (algún) *sistema de normas jurídicas*, sino (algún) *sistema de proposiciones jurídicas*. Este último, sin embargo, conforme al constructivismo epistemológico (neo)kantiano, refleja un cierto conjunto de normas jurídicas, no ya de una manera puramente pasiva, así como una videocámara registra todas las imágenes que caen en el campo de su objetivo, sino de una manera "ordenadora", como una videocámara que, prodigiosamente, transforma imágenes caóticas y desenfocadas en imágenes nítidas y ordenadas[536]. Y ello en virtud de la idea según la cual la lógica se aplicaría a las normas, aunque indirectamente, mediante las proposiciones

536 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 89: "en el sentido de la gnoseología kantiana, la ciencia del derecho, entendida como conocimiento del derecho, tiene, como todos los conocimientos, un carácter constitutivo y, por lo tanto, "produce" su propio objeto en la medida en que lo concibe como un todo inteligible. Así como el caos de las percepciones sensoriales deviene en cosmos (es decir, naturaleza entendida como sistema unitario) gracias al conocimiento científico que le introduce el orden, la masa de las normas jurídicas generales e individuales, establecidas por los órganos jurídicos, esto es, el material ofrecido al conocimiento jurídico, deviene en un sistema unitario y coherente, es decir, un ordenamiento jurídico, gracias a la actividad cognoscitiva de la ciencia jurídica". Sobre el carácter problemático de la noción de "proposición normativa" Cfr., por ejemplo, MAZZARESE, T., *'Norm Proposition'. Epistemic and Semantic Queries*, pp. 39-70; GUASTINI, R., *"Sollsätze". An Exercise in Hard Legal Positivism*, pp. 103-116; sobre la relaciones entre la teoría kelseniana del conocimiento jurídico y la teoría kelseniana de la interpretación Cfr. GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 211 ss.; COMANDUCCI, P., *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 147 ss.

jurídicas que las describen (el denominado "logicismo")[537]. De ello se sigue que los requisitos del *carácter unitario* y de la *coherencia* no son más concebidos como propiedades que los ordenamientos jurídicos poseen *directamente* sino solo *indirectamente*, en sede de descripción científica. De esta forma, son los sistemas proposicionales construidos por la ciencia jurídica que poseen las propiedades de ser unitarios y coherentes, pero proyectan su unidad y coherencia sobre los sistemas jurídicos que describen, mediante la norma fundamental, que aún funciona, como en la fase precedente, como *principio epistemológico* de interpretación de los materiales positivos[538].

---

537 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 91: "Los principios lógicos pueden ser aplicados a las normas jurídicas, si no directamente al menos indirectamente, en la medida en que son aplicables a las proposiciones que describen estas normas jurídicas; en efecto, las proposiciones jurídicas pueden ser verdaderas o falsas. Dos normas jurídicas se contradicen y no pueden, por lo tanto, ser consideradas simultáneamente válidas, si las proposiciones jurídicas que las describen están en contradicción". Como veremos ahora en § 3.4., Kelsen reconocerá el error: dos proposiciones jurídicas que describen dos normas válidas contradictorias *no* se contradicen, y son ambas verdaderas; las dos normas, incluso desde el punto de vista de la ciencia jurídica, deben ser consideradas válidas, hasta que una de las dos, o las dos, no sean invalidadas por un órgano competente.

538 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 91, 231 ss., 298 ss. Resulta útil citar algunos pasajes: "La norma fundamental hace [...] posible *interpretar* el material impuesto al conocimiento jurídico come un todo lógico, es decir, permite *describir* este material *en proposiciones no contradictorias* [...] en la misma ley se encuentran dos disposiciones contradictorias [...] Se presentan entonces las siguientes posibilidades para resolver el conflicto: o se pueden entender ambas disposiciones en el sentido que se deja la elección entre las dos normas al órgano autorizado por la ley a su aplicación [...]; o [...] las dos normas se contradicen solo en parte y es posible interpretarlas en el sentido que una norma limita la validez de la otra [...] La proposición jurídica que describe el derecho [...] afirma [...] "Si alguien comete un adulterio debe ser *o* no ser sancionado" [...] "Quien ha cometido un delito debe ser sancionado *con excepción* de las personas menores de catorce años". Si no es posible ni una ni otra *interpretación*, el legislador prescribe algo *absurdo*; existe un acto absurdo de creación jurídica y, por tanto, no existe un acto cuyo sentido subjetivo se pueda interpretar como su sentido objetivo y, por tanto, *no se está en presencia de una norma objetivamente válida*, y todo ello a pesar de que el acto haya sido puesto en marcha conforme a la norma fundamental. En efecto, la norma fundamental no atribuye a cada acto el sentido objetivo de una norma

Como he adelantado, en el próximo capítulo me referiré a la distinción entre *descripción estática* y *descripción dinámica* de un ordenamiento positivo, que representa el punto (15) de la presente reconstrucción de la epistemología de Kelsen. Dos consideraciones para concluir.

También en esta tercera fase de la epistemología kelseniana, los servicios de la teoría (general) del derecho consisten en proveer a los juristas los conceptos y las nociones (de norma, ordenamiento, validez, proposición jurídica, interpretación, etc.) a ser utilizados para describir normas.

Poco después de la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (La teoría pura del derecho), Kelsen abandona la idea según la cual la norma fundamental puede (y debe) ser entendida también como un principio epistemológico y, con ella, el constructivismo sistemático proposicional. Ello sucede tras una consideración más atenta de las relaciones entre derecho y lógica[539], que lleva a Kelsen a aceptar la tesis, defendida por su discípulo Adolf Merkl cuarenta años atrás, según la cual el principio *lex posterior* no puede ser considerado un principio "lógico", perteneciente a la esfera del conocimiento científico del derecho, tratándose, por el contrario, de un principio jurídico positivo, que vale para un ordenamiento *si y solo si*, este sea una norma del ordenamiento en cuestión[540]. A raíz de estos cambios, Kelsen adopta una concepción más radicalmente descriptivista, más radicalmente realista y empirista, de las tareas de la ciencia jurídica, abandonando así el construccionismo.

---

válida sino *solo a un acto que tenga un sentido* [...]"; igualmente, siempre en virtud de la norma fundamental como principio de interpretación epistemológica, con respecto a los conflictos entre normas de distinto nivel, Kelsen concluye que: "entre ley y sentencia judicial, entre constitución y ley [...] o, según una formulación más general, entre una norma superior y una norma inferior de un ordenamiento jurídico, no es posible algún conflicto que anule la unidad de este sistema normativo, *haciendo imposible describirlo mediante proposiciones jurídicas recíprocamente no contradictorias*" (cursivas agregadas); sobre el tema Cfr. también §5.12.

539 Cfr. KELSEN, H., KLUG, U., *Rechtsnormen und logische Analyse*; cfr., también BERSIER LADAVAC, N. (ed.), *Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla Dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*.

540 Cf. MERKL, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlín, Julius Springer, 1927, p. 211, citado en KELSEN, H. *Derogation*, cit., p. 274; MERKL, A. *Die Rechtseinheit des Österreichischen Staates*, en "Archiv des öffentlichen Rechts", 37, 1918, p. 75, citado en KELSEN, H. *Law and Logic*, cit., p. 236.

3.4. Posconstruccionismo descriptivista

Las tres primeras fases de la reflexión epistemológica kelseniana están vinculadas, como se ha visto, por la persistente influencia del modelo tradicional.

De los dos objetivos originarios de dicho modelo, la *construcción conceptual* y la *sistematización* del derecho, solo el primero sufre un cambio radical, ya que los conceptos de la teoría del derecho y de la ciencia jurídica kelsenianas son conceptos "puros" respecto de los conceptos tradicionales. Ello bajo el doble perfil de su rigurosa relación con el derecho como conjunto de normas ("normativismo", "consideración normativa del derecho") y de su carácter avalorativo.

En cambio, con respecto al segundo objetivo —la sistematización del derecho—, permanece la idea de que la ciencia jurídica puede, y debe, presentar los distintos ordenamientos jurídicos como *sistemas* normativos *unitarios*, *completos*, *coherentes* y *dotados de sentido*, sea incluso con las diferencias antes registradas. Aquí, como se ha señalado, la tarea de la teoría (general) del derecho parece ser la de proveer a la ciencia jurídica un modelo estructural de ordenamiento jurídico, y toda una serie de conceptos y de tesis útiles para su actividad de sistematización. En tal sentido, como dije, la teoría del derecho *à la* Kelsen es el laboratorio conceptual del jurista positivo, y debe actuar sin perder nunca de vista sus (presuntas) exigencias de naturaleza cognoscitiva.

También este último objetivo, sin embargo, resulta modificado —redimensionándolo ulteriormente respecto al periodo (neo)kantiano descriptivista— en la última fase de la reflexión epistemológica de Kelsen, posterior a 1960.

Entre los principales elementos de la epistemología posconstruccionista, tres merecen ser mencionados, aunque sea sumariamente: la distinción entre *ficciones teóricas* y *ficciones dogmáticas* (16), el *irracionalismo* (17) y la consiguiente adopción de una concepción realista de las tareas *de iure condito* de una ciencia jurídica pura (18)[541].

[541] El texto fundamental al cual hacer referencia para reconstruir la epistemología postconstruccionista kelseniana es KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, tr. it., *Teoria generale delle norme*, cit.

16. *Ficciones teóricas contra ficciones dogmáticas.* La epistemología kelseniana se ha caracterizado, desde su primera fase, por "la lucha contra la ficción", caracterizada de "mentira reprobable" de la ciencia jurídica (*supra* § 3.1).

Sin embargo, sostiene Kelsen, hay ficciones que lo son de forma manifiesta —y, por tanto, no engañan a nadie— y resultan además útiles para fines cognoscitivos. En particular, la norma fundamental sería una *ficción teórica* que, como se ha visto, permitiría dar cuenta de la validez de las normas de cualquier ordenamiento jurídico positivo (en su conjunto eficaz), en términos compatibles con la "consideración normativa" del fenómeno, pero sin violar el requisito del carácter avalorativo:

> "la norma fundamental —sostiene Kelsen[542]— deviene en una auténtica *ficción* en el sentido de la filosofía del "como si" de Vaihinger. Una ficción en tal sentido se caracteriza no solo por estar en contradicción con la realidad sino, además, por contener en sí una contradicción. En efecto, asumir una norma fundamental —[...] por ejemplo, la norma fundamental de un ordenamiento moral religioso: "se debe obedecer las órdenes de Dios" o la norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo: "debemos comportarnos como prescribe la primera constitución histórica"— no solo está en contradicción con la realidad, ya que una norma semejante no existe como sentido de un efectivo acto de voluntad, sino que contiene una contradicción en sí misma, ya que representa la autorización *dada* a una autoridad moral o jurídica *suprema* y, por tanto, emana de una autoridad que está *por encima de ellas*, incluso si se trata de una autoridad puramente ficticia".

Algunos kelsenólogos han reconocido en este pensamiento de Kelsen el abandono puro y simple de la doctrina de la norma fundamental; otros han visto en él un pasaje ruinoso, que conduciría a fundar el potente edificio de la doctrina pura sobre "una ficción"[543].

---

542 KELSEN, H., *Die Funktion der Verfassung*, tr. ing., *The Function of a Constitution*, p. 117; Id., *Teoria generale delle norme*, pp. 434-435; además como una aparente anticipación Id., *Science and Politics*, p. 361.

543 Cfr., por ejemplo, BULYGIN, E., *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, cit.; LOSANO, M.G., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, cit.

Sin embargo, el planteamiento de Kelsen se presta, también a una lectura distinta, menos catastrófica. Presentar la norma fundamental como ficción epistemológica sirve, sobre todo, para ofrecer una configuración más clara de los presupuestos del conocimiento jurídico *more kelseniano*. Sirve, además, para ratificar el respeto al principio de neutralidad valorativa contra quien hubiera visto en la norma fundamental y en su conexa concepción normativa de la validez (validez como *obligatoriedad* o *fuerza vinculante*), un serio indicio de compromiso ideológico[544]. En realidad, con la norma fundamental —es necesario repetirlo— se atribuye a las normas jurídicas de los ordenamientos positivos una obligatoriedad solamente relativa, hipotética, para fines cognoscitivos, que deja a los juristas y a los destinatarios de tales normas en general, como *agentes moralmente responsables*, la entera responsabilidad moral de la elección *si* considerarlas moralmente obligatorias (moralmente vinculantes) o no. A la concepción de la norma fundamental como ficción se acompaña, además —planteamiento mucho más significativo desde el punto de vista de la teoría del conocimiento jurídico—, el abandono de la idea de que la norma fundamental sea también *principio epistemológico interpretativo*; en el último Kelsen, la norma fundamental permanece, pura y simplemente, como el fundamento ficticio de validez de cualquier norma que hayan producido los nomotetas de carne y hueso de cualquier ordenamiento jurídico.

17. *Irracionalismo (rechazo del "logicismo")*. En la jerga de los kelsenólogos, con *irracionalismo* se suele designar la tesis, sostenida por el último Kelsen, según la cual el principio lógico de no-contradicción y las reglas de la inferencia lógica "no se aplican" a las normas jurídicas: *ni directamente*, ya que las normas jurídicas, en cuanto significados normativos, no son ni verdaderas ni falsas; *ni indirectamente*, ya que no subsiste alguna "analogía" entre la verdad de una aserción y la validez de una norma:

---

[544] Cfr. ROSS, A., *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, 1961, tr. it., *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, pp. 153-155; Cfr., además, CELANO, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, pp. 371 ss.; Id., *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, pp. 176 ss.

"verdad y falsedad —sostiene Kelsen[545]— son cualidades de una aserción, mientras la validez no es una cualidad de una norma sino su existencia, su específica existencia ideal. Ser válida, para una norma, significa existir (ser presente). No ser válida [...] significa no existir (ser ausente). Una norma inválida es una norma que no existe, y por lo tanto *no* es una norma. Pero una aserción falsa es siempre una aserción [...] Una aserción es el sentido de un acto de pensamiento, y la verdad de la aserción es independiente de este acto, es decir, del hecho de haber sido formulada, o sea pensada y expresada. Mientras la validez de una norma, que es el sentido de un acto de voluntad, está condicionada por el acto con el que se pone la norma, la norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta ajena; su sentido es un deber y este deber [...] es correlato de una voluntad. No hay deber, o sea norma, sin una voluntad que la ponga, es decir, no hay una norma sin una autoridad que ponga normas".

De esto se sigue:

(1) que una prescripción individual ("Ifigenia Rossi debe ser sancionada con de tres años de prisión"), que se sigue lógicamente de una norma jurídica general ("quien realice una construcción ilegal debe ser sancionado con tres años de prisión") y de una premisa de hecho ("Ifigenia Rossi realizó una construcción ilegal"), *no* es una *prescripción jurídicamente válida*, es decir, no es una *norma jurídica*

---

545 KELSEN, H., *Recht und Logik*, tr. it., *Diritto e logica*, pp. 69-70; Id., *Teoria generale delle norme*, caps. 44, 46, 50, 57, 58, 29. Cabe notar que el mismo Kelsen, en sus obras, aparentemente utiliza "norma" en dos sentidos diferentes. En el primer sentido, estricto, "norma" denota específicamente cualquier prescripción que sea, o sea estada, válida (obligatoria, dotada de fuerza vinculante) *en* y/o *por* un ordenamiento normativo. La validez es, aquí, una propiedad definitoria de "norma", de forma tal que una oración como "La norma X es válida" es tautológica ("La prescripción válida X es válida"). En cambio, en el segundo sentido, amplio, "norma" denota genéricamente cualquier prescripción (apta para la validez, que puede ser válida). En este segundo sentido, la validez no es una propiedad definitoria de "norma", de forma que una oración como "La norma X es válida" no es tautológica ("La prescripción X es válida"). Véase, por ejemplo, KELSEN, H., *Recht und Logik*, tr. it., *Diritto e logica*, p. 73: "No puede negarse que se den genuinos conflictos de normas, es decir situaciones donde *son válidas dos normas*, de la cuales la una obliga a una conducta determinada, y la otra obliga a una conducta inconciliable con la primera" (cursiva mía, ndr).

individual (en el sentido estricto, o especifico, de "norma"[546]), si no ha sido dictada, por ejemplo, por un juez competente en una sentencia[547];

(2) que un conflicto entre dos normas jurídicas no se puede configurar como una contradicción lógica: ni "directamente", porque las normas no son ni verdaderas ni falsas (como Kelsen afirmó en la fase del construccionismo (neo)kantiano descriptivista), ni "indirectamente", es decir, a través de las proposiciones normativas que describen las dos normas (como, por el contrario, se sostuviera en dicha fase[548]). Entre estas dos proposiciones, pues, no se da alguna contradicción, pudiendo ser ambas verdaderas, si ambas normas (en el sentido amplio o genérico de "norma"[549]) son válidas; ambas falsas, si ninguna de las dos normas es válida; o incluso una verdadera y otra falsa, si sólo una de las dos normas es válida[550];

---

546 Para la noción de "norma" en sentido estricto, véase la nota precedente.

547 Cfr. KELSEN, H., *Diritto e logica*, pp. 82 ss.

548 Cfr. KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 91: "Ya que las normas jurídicas, siendo prescripciones, es decir, órdenes, permisos y autorizaciones, no pueden ser ni verdaderas ni falsas, se plantea ahora el problema de cómo se pueden aplicar los principios lógicos —en particular, el principio de no contradicción y las reglas de la deducción lógica— a la relación entre normas jurídicas [...] A este problema se responde: los principios lógicos pueden ser aplicados a normas jurídicas, si no directamente al menos indirectamente, en la medida en que son aplicables a las proposiciones jurídicas que describen estas normas jurídicas".

549 Para la noción de "norma" en sentido amplio, véase la nota 61.

550 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, pp. 195 ss., 306 ss., 350 ss., 364 ss., 378 ss.; Id., *Diritto e logica*, pp. 65 ss. Para una concisa enunciación de la tesis "logicista" opuesta, cfr. el pasaje ya citado de KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 91. La primera de las dos tesis "irracionalistas", por otra parte, ya se encuentra claramente enunciada en los escritos del periodo (neo)kantiano fuerte, y se relaciona con la tesis, constantemente sostenida por Kelsen, según la cual las sentencias judiciales tienen naturaleza "constitutiva" y crean derecho. "[N]inguna norma individual, en cuanto norma positiva —escribe KELSEN (*La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, p. 407)— deriva simplemente de una norma jurídica general (como por ejemplo: "el ladrón debe ser sancionado") como el particular del general, sino solo en cuanto una norma individual tal *haya sido creada por los órganos de la aplicación*. En el sistema del derecho positivo, *ninguna norma es válida* [...] *si no*

(3) que principios como el de la *lex posterior* y de la *lex superior* no son principios de naturaleza "lógica", como Kelsen sostuvo en las fases del construccionismo (neo)kantiano fuerte y (neo)kantiano descriptivista (*supra* §§ 3.2 y 3.3), sino que son principios de derecho positivo, válidos a condición de que se configuren como el sentido de actos de voluntad de autoridades competentes, o bien como elementos que jueces y juristas, contingentemente, asumen que sean implícitos en sus ordenamientos positivos.

De estas ideas deriva una nueva imagen de la competencia de la ciencia jurídica como estudio doctrinal genuinamente científico de cualquier derecho positivo.

18. *Concepción realista de las tareas* de iure condito *de una ciencia jurídica pura.* El irracionalismo refleja una radical divergencia entre, de una parte, el derecho positivo y, de otra, los discursos que constituyen el resultado del conocimiento jurídico. Se acompaña, además, de la adopción de una concepción más radicalmente descriptivista —o, si se quiere, más radicalmente realista— de las tareas *de iure condito* de una ciencia jurídica pura.

Esta última, en particular, no puede en modo alguno "resolver" —o disolver— eventuales conflictos entre las normas jurídicas; solo puede ponerlos en evidencia, registrando, de ser el caso, la presencia en el ordenamiento de criterios de resolución a ser utilizados por los órganos jurídicos competentes. De esto se sigue que el sistema proposicional construido por la ciencia jurídica no restituirá necesariamente una imagen del derecho estudiado como un sistema *coherente* de normas sino, en el mejor de los casos, como un sistema *que puede hacerse coherente*, sobre la base de ciertos criterios de derecho positivo, y por obra de los órganos de la aplicación competentes[551].

---

ha sido creada de un modo prescrito en última instancia por la norma fundamental", cursivas agregadas; cfr., además, en la fase descriptivista, Id., *Science and Politics*, pp. 358 ss., 366-368.

[551] Cfr. KELSEN, H., *Diritto e logica*, pp. 74 ss.; Id., *Teoria generale delle norme*, pp. 198, 367, 401 ss. Sobre el tema, cfr., por ejemplo, CONTE, A.G., *In margine all'ultimo Kelsen*, pp. 391 ss.; GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 111 ss.

4. EL MAPA KELSENIANO DEL SABER JURÍDICO

La reflexión epistemológica de Kelsen tiene entre sus resultados el diseño de un mapa del saber jurídico. Los mapas del saber jurídico —de lo que Kant, Bentham y Austin eran perfectamente conscientes (*supra,* cap. I, § 5; cap. II, §2)— no son (necesariamente) instrumentos ociosos; en efecto, de ello depende el grado de conciencia del estudioso del derecho acerca de las reglas y del sentido de su trabajo "sobre el" derecho. Quien no posea un mapa del saber jurídico, oportunamente dotado del estatuto pragmático y metodológico de cada una de las distintas disciplinas, carecerá de una clara idea de lo que hace, vivirá el día a día, actuará de caso en caso, imitando de un modo conformista modelos de los que no tiene la clave.

En su configuración más estable, asumida a partir de las obras de los años cuarenta, el mapa kelseniano del saber jurídico se puede leer como una continuación y afinamiento de los mapas de los tres ilustres predecesores recién mencionados, así como del mapa previamente trazado por el propio Kelsen (*supra,* § 3.1). En él, tiene un valor capital la distinción entre "ciencia" y "política"; cuando el jurista, teórico o filósofo se ocupa del derecho, puede hacer dos cosas: puede hacer *ciencia* (conocimiento) o puede hacer *política.* La principal crítica que Kelsen plantea al pensamiento jurídico tradicional —a la teoría y a la dogmática jurídica heredadas de la cultura del siglo XIX— es, por cierto, no ya haber hecho o hacer política del derecho, sino haberla hecho o hacerla de modo clandestino, pretendiendo, por el contrario, hacer ciencia.

Se puede hacer *política del derecho* de dos modos distintos: a nivel general (al por mayor) o a nivel particular (al por menor). El ejemplo paradigmático de política del derecho al por mayor es ofrecido por las "filosofías de la justicia": los discursos de carácter *ideológico* (ético-normativo), generalmente muy articulados, sobre los principios de justicia que deben ser recogidos por los ordenamientos jurídicos positivos para que sean como deben ser. La política del derecho al por menor encuentra, por el contrario, una ejemplificación paradigmática en la formulación, por parte de los juristas, de propuestas acerca del "verdadero" o "correcto" significado de disposiciones particulares constitucionales, legislativas o reglamentarias —ya que, como veremos dentro de poco (además, § 5), en la perspectiva anticognitivista de Kelsen el "verdadero" significado de las "normas" es una ficción ideológica de la dogmática tradicional—.

El *conocimiento del derecho*, por su parte, puede ser de dos tipos: puede tratarse —como se ha visto (§ 3.1)— de un *conocimiento normativo* o bien de un *conocimiento sociológico*.

El conocimiento normativo —que presupone una consideración del derecho como "norma" (conjunto de normas)— es propio de la *jurisprudencia normativa*. Hay dos ramas en la jurisprudencia normativa: la teoría general del derecho y la doctrina jurídica (o ciencia jurídica en sentido estricto).

Las tareas de la *teoría general del derecho* son caracterizadas por Kelsen en términos que recuerdan deliberadamente la *general jurisprudence* austiniana:

> "Por medio de una comparación de todos los *fenómenos comprendidos bajo el nombre de derecho* —escribe Kelsen[552]—, ella busca descubrir la *naturaleza del derecho*, determinar su *estructura* y sus *formas típicas, independientemente de los cambiantes contenidos* que este exhibe en tiempos y en pueblos diferentes. De este modo, obtiene los *principios* fundamentales por medio de los cuales cualquier ordenamiento jurídico puede ser comprendido. En cuanto teoría, su único fin es conocer su objeto. Ella provee una respuesta al problema de qué *cosa* [*y* cómo, ndr] es el derecho, y no aquel de qué cosa debe ser el derecho. Mientras que este último problema es uno de naturaleza política, la teoría pura del derecho es ciencia". (Cursivas agregadas).

En cuanto conocimiento normativo *formal* y *estructural*, que prescinde del cambiante contenido de los ordenamientos jurídicos, la teoría general del derecho se contrapone a la doctrina jurídica (o ciencia jurídica en sentido estricto). Esta última, por el contrario, como auténtica ciencia, consiste en el conocimiento del *contenido* de las *normas válidas* de determinados ordenamientos jurídicos positivos, que describe, como se ha visto, mediante *proposiciones jurídicas* (*supra*, §§ 3.3 y 3.4).

El conocimiento sociológico —que presupone, en cambio, una consideración del derecho como "hecho" (conjunto de hechos concernientes a normas)— es tarea de la *jurisprudencia sociológica* o *sociología del derecho*.

---

552 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, p. 173; cfr., además, para pasajes de similar contenido, Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 47; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. xxiii-xxiv; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 9.

Kelsen asigna a la jurisprudencia sociológica algunos objetivos que distan de ser insignificantes[553]:

(1) *observar* los comportamientos de los miembros de una sociedad (los súbditos comunes del derecho y los órganos de la producción-aplicación), *describiéndolos* mediante "leyes" análogas a las leyes de las ciencias naturales, en la forma de juicios hipotéticos referidos a conexiones causales —estadístico-probabilísticas— entre eventos-condiciones ("causas") y eventos-consecuencias ("efectos") (grosso modo: "Hasta aquí se ha notado que, si se verifica un evento del tipo A, entonces generalmente se verifica también un evento del tipo B");

(2) *constatar* la conformidad ("licitud", "legalidad") o disconformidad ("ilicitud", "ilegalidad") de los comportamientos observados respecto de las normas jurídicas vigentes ("válidas"), formulando juicios acerca de la *eficacia* sea de las normas jurídicas singularmente consideradas, sea del ordenamiento jurídico en su conjunto;

(3) sobre la base de tales descripciones y constataciones, *formular previsiones* acerca de los futuros comportamientos jurídicamente relevantes de los miembros de una comunidad jurídica, sea de los destinatarios comunes de las normas jurídicas, sea de los órganos competentes para la producción y aplicación de normas;

(4) *investigar y evidenciar los factores causales* que han influido, o podrían influir, sobre la observancia, la producción, la aplicación de normas jurídicas. Entre estos factores, Kelsen incluye las "ideologías" o visiones del mundo de los súbditos comunes del derecho, de los jueces y de los legisladores, de las que forman parte, sobre todo, sus concepciones de la justicia. Por lo tanto, si la sociología del derecho quiere investigar las causas de la producción de normas por parte de legisladores y jueces, no puede eximirse de la tarea "prometedora" de someter al "análisis crítico-ideológico" la "idea de justicia" que ellos tienen. Sea dicho de paso, en el análisis crítico-ideológico de las doctrinas de la justicia elaboradas en la filosofía occidental

[553] KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, p. 183-185; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 165 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 104 ss.

desde la antigüedad hasta la edad contemporánea, entre ellas las doctrinas iusnaturalistas, Kelsen ha demostrado, como siempre, ser un maestro[554].

En cuanto a las relaciones entre jurisprudencia normativa y jurisprudencia sociológica, Kelsen sostiene la tesis de la *complementariedad* contra los partidarios insensatos de la exclusividad sea de una ("solo la jurisprudencia normativa es verdadera ciencia del derecho") o de otra ("solo la jurisprudencia sociológica es verdadera ciencia del derecho"). Si realmente se quiere conocer el derecho positivo, sostiene Kelsen, es necesario servirse de ambas. Por lo demás, complementariedad no equivale a paridad. Al contrario, en la perspectiva de Kelsen, la jurisprudencia sociológica, la sociología del derecho, es —y no puede no ser— *tributaria* respecto de la jurisprudencia normativa, desde el punto de vista del aparato conceptual del que se debe servir para llevar a cabo las investigaciones que le competen y para formular los resultados obtenidos. De hecho, sostiene Kelsen, no le es posible identificar de un modo científicamente apropiado su propio campo de investigación (el derecho como fenómeno social) si no mediante el uso del concepto de derecho elaborado por aquella rama de la jurisprudencia normativa que es la teoría general del derecho.

5. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO EN POCAS PALABRAS

Los principales componentes de la "doctrina" o "teoría" pura del derecho, como *teoría general del derecho* —como *teoría del derecho positivo en general*— son, como señalé antes: (1) una *teoría de las relaciones* entre *derecho y moral, derecho y religión, derecho y fuerza*, dirigida a proveer una redefinición científicamente adecuada de los conceptos pertinentes, entre ellos, ante todo, el concepto de derecho positivo; (2) una *teoría de las normas jurídicas*, que

554 Cfr. los ensayos recogidos en KELSEN, H., *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, además Id., *Das Problem der Gerechtigkeit*, 1960, tr. it., *Il problema della giustizia*. La crítica del jusnaturalismo —de las doctrinas reunidas por la idea de la existencia de un derecho natural, producido por instancias sobre humanas y axiológicamente supra ordenado al derecho positivo— constituye uno de los temas, y de las preocupaciones, constantes en la obra de Kelsen, desde los años veinte hasta la mitad de los años sesenta. Sobre la crítica de Kelsen al iusnaturalismo, cfr., por ejemplo, CHIASSONI, P., *Kelsen y el iusnaturalismo*, pp. 277-310.

incluye una concepción de su forma lógica, o "forma fundamental"; (3) una *teoría de los conceptos jurídicos fundamentales* (sanción, deber jurídico, derecho subjetivo, responsabilidad, sujeto de derecho, persona jurídica, etc.); (4) una *teoría de las relaciones entre normas jurídicas* o *teoría de la estructura de los ordenamientos jurídicos*; (5) una *teoría de las relaciones entre derecho y estado*; (6) una *teoría de las relaciones entre ordenamientos jurídicos*; (7) una *teoría de la interpretación jurídica.*

Ofreceré, a continuación, un resumen de algunos de estos componentes.

5.1. Derecho, moral, religión

La conducta social de los hombres —los comportamientos de seres humanos que tienen efectos, directa o indirectamente, sobre otros seres humanos— constituye generalmente el objeto de tres distintos tipos de normas: normas jurídicas, normas morales y normas religiosas.

Para resumir de una forma catequista el concepto kelseniano de derecho (a modo de una respuesta a preguntas como: ¿Qué cosa es el derecho? ¿Qué cosa es el fenómeno social que se suele llamar "derecho"? ¿Qué notas características presenta el derecho?, etc.) se puede decir que, en la teoría de Kelsen, es "derecho" (*Recht*):

(1) cualquier *ordenamiento normativo*;
(2) caracterizado por la técnica de la *motivación indirecta* de los comportamientos mediante *sanciones coercitivas inmanentes* y *organizadas*;
(3) dotado de una estructura *esencialmente dinámica.*

La primera nota característica capta la normatividad y la complejidad de las experiencias jurídicas. *Normatividad*: el derecho —o, más precisamente, cada una de las innumerables experiencias sociales así denominadas o calificadas— es fenómeno *normativo*, es cuestión de *normas* —*relaciones*, *institutos*, *instituciones*, órganos que, en efecto, no son más que el reflejo o la combinación de *normas*, como advierte Norberto Bobbio en su defensa del normativismo[555]. *Complejidad*: el derecho no es, sin embargo, "norma" sino "ordenamiento normativo". El derecho italiano, el derecho romano, el derecho sueco, el derecho comunitario, el derecho internacional, son

[555] BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, cap. 1.

sistemas (conjuntos ordenados), a menudo amplios y complejos, *de normas*. No obstante, desde estos dos aspectos genéricos el derecho no se distingue de la moral o de la religión. En efecto, las morales (positivas) y las religiones (sociales o institucionales) son también *ordenamientos normativos* de la conducta social de seres humanos.

La diferencia específica de los ordenamientos jurídicos respecto de los morales y religiosos es captada, en cambio, por las otras notas características antes enumeradas.

Una primera diferencia sustancial está referida a la *técnica de motivación de los comportamientos*: los ordenamientos jurídicos se caracterizan por la técnica de la *motivación indirecta*, mediante *sanciones coercitivas inmanentes* y *organizadas*. Las normas de un ordenamiento social tienen por objeto influir en el comportamiento humano, *motivando* las conductas comisivas u omisivas de sus destinatarios. Sin embargo, la motivación puede ser de dos tipos: directa o indirecta. Es *directa* cuando el comportamiento que se pretende motivar constituye el objeto inmediato de una calificación normativa ("prohibido matar", "obligatorio honrar al padre y a la madre", "permitido establecerse en otros pueblos para el ejercicio del comercio", etc.). Es *indirecta*, por el contrario, cuando se conecta una sanción (un mal) con el comportamiento opuesto al que se quiere que se observe ("Quien mata será sancionado con prisión no menor a veintiún años", "Quien no honre al padre y a la madre será desterrado de la comunidad", "El soberano que impida a un extranjero establecerse en su estado para ejercer el comercio se expone a sí mismo y a sus súbditos a la represalia o a la guerra", etc.). Una primera diferencia sustancial entre el derecho, de una parte, y la moral y la religión, de otra, consiste precisamente en esto. Para influir las conductas de los miembros de una sociedad, los ordenamientos jurídicos se valen de *normas sancionadoras*; estas normas, además, establecen *sanciones coercitivas* —la privación, de ser el caso de modo coactivo, de bienes como la vida, la libertad, el patrimonio— que "deben" ser impuestas por órganos competentes, según *procedimientos* preestablecidos (por ejemplo, por una determinada corte penal, tras un proceso regulado por el código procesal penal). En virtud a ello, las normas jurídicas sancionadoras son, para los ordenamientos jurídicos, *normas primarias* (de primaria importancia). Son, además, normas que establecen sanciones *inmanentes* y *organizadas*, a ser impuestas aquí y ahora, por parte de *seres humanos* que son órganos del

ordenamiento jurídico. Por el contrario, los ordenamientos morales y los religiosos se caracterizan por la técnica de la *motivación directa* del comportamiento. En los ordenamientos morales y religiosos, las *normas primarias* no son normas sancionadoras sino *normas imperativas simples* (habría dicho Bentham), que prescriben *inmediatamente* los comportamientos que se deben observar: "no matar", "no robar", "no desear las cosas ajenas", "vestir a los desnudos", "dar de comer a los hambrientos", "consolar a los afligidos", etc.

Las normas de una moral pueden prever, y a menudo prevén, sanciones inmanentes; las *normas morales sancionadoras*, sin embargo, son *accesorias* —secundarias— respecto de las *normas morales primarias*. Las sanciones morales, además, *no* tienen *carácter coercitivo*, consistiendo en la aprobación de los comportamientos "morales" (moralmente buenos o justos) y en la desaprobación de los "inmorales" (moralmente malos o injustos). Además, *no* son sanciones *organizadas*; en los ordenamientos morales propiamente entendidos no hay órganos especializados de la comunidad, competentes para imponer las sanciones previstas por el ordenamiento según procedimientos previstos; en un ordenamiento moral, cualquier miembro de la comunidad tiene el deber de aprobar los comportamientos morales y desaprobar los inmorales.

Al igual que el derecho, y a diferencia de la moral, un ordenamiento religioso puede contemplar, y no es raro que contemple, sanciones *coercitivas* (el rayo incinerador, la mala cosecha, la sequía, la pérdida de la salud física o psíquica, la muerte de un pariente, las penas del infierno, etc.) impuestas por órganos especiales (las Erinias, los demonios del infierno cristiano, los espíritus de la muerte, etc.), como resultado de *procedimientos* preestablecidos (el tribunal de Minos, el juicio universal). Las sanciones religiosas, sin embargo, *no* son *inmanentes* sino *trascendentes*: provienen de entidades sobrenaturales, que en algunos imaginarios las impondrían en el *más allá*.

Una segunda diferencia sustancial entre el derecho, de una parte, y la moral y la religión, de otra, se refiere a la *estructura* de los ordenamientos jurídicos. Desde este aspecto, Kelsen distingue dos tipos-ideales de ordenamiento normativo: el ordenamiento estático y el ordenamiento dinámico. Un *ordenamiento estático* es un conjunto de normas vinculadas entre sí por nexos de derivación material (de contenido). El vértice del ordenamiento está constituido por una norma fundamental sustancial —por ejemplo: "Ama al prójimo como a ti mismo"—. De ella se obtienen todas las otras

normas del sistema mediante operaciones intelectuales, a la luz de las cuales estas aparecen como otras tantas especificaciones y concretizaciones de la primera ("No matar", "No robar", "No mentir", "Presta auxilio en caso de necesidad", etc.)[556]. Un *ordenamiento dinámico*, por el contrario, es un conjunto de normas vinculadas entre sí por nexos de derivación formal o productivo. El vértice del ordenamiento está constituido por una norma fundamental de autorización, que instituye una autoridad normativa y prescribe a un cierto conjunto de agentes de observar sus preceptos (por ejemplo: "Compórtate come Dios manda", "Compórtate según el comportamiento habitual de los demás", "Haz en cualquier caso lo que prescribe Toro Sentado", etc.). Todas las demás normas pertenecen a este ordenamiento si y solo si son válidas en él, en tanto que producidas por las autoridades normativas identificadas en la norma fundamental. Los ordenamientos morales y los religiosos pueden ser, según los casos, ordenamientos (esencialmente) estáticos o bien ordenamientos (esencialmente) dinámicos. Kelsen considera, sin embargo, que otra característica distintiva de los ordenamientos jurídicos es su *esencial carácter dinámico*: la norma fundamental jurídico-positiva de un ordenamiento jurídico —su *constitución* en sentido material y, en el límite, su primera constitución histórica— es una norma que instituye autoridades normativas competentes para producir normas generales (leyes, costumbres) y prescribe obedecer tales normas. El legislador o la costumbre pueden, a su vez, instituir autoridades normativas subordinadas (por ejemplo, jueces y funcionarios administrativos) y conferir poderes normativos a los privados en sus relaciones recíprocas (adscribiéndoles, por ejemplo, el poder de estipular contratos y redactar testamentos). En virtud de ello, un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas que no se encuentran en un mismo plano sino que están puestas sobre planos distintos; es, estructuralmente, una "construcción en grados" (*Stufenbau*), de forma piramidal, en cuyo vértice está la constitución en sentido jurídico-positivo, cuya parte

[556] KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 219: "Las normas de un ordenamiento [estático, ndr] están en vigor (es decir, el comportamiento que prescriben es considerado como debido por fuerza de su contenido) por el hecho de que su validez puede ser reconducida a una norma, en cuyo contenido se puede subsumir el contenido de todas las normas que constituyen el ordenamiento, así como lo particular se puede subsumir en lo general".

intermedia (tronco) está constituida por normas generales de distinto nivel (leyes, costumbres, reglamentos del poder ejecutivo, reglamentos locales) y cuya base, finalmente, está constituida por innumerables normas individuales y actos de ejecución de sanciones penales (cárcel, etc.) o civiles (ejecución forzada). El paso de un grado superior a uno inferior del ordenamiento —por ejemplo, el paso de la constitución a una ley ordinaria del estado, el paso de las normas legales a una sentencia judicial— implica la intervención de un órgano jurídico que produce una o más normas inferiores, interpretando y aplicando normas superiores[557].

Sosteniendo que los ordenamientos jurídicos son, en cuanto a su estructura, *esencialmente* dinámicos, Kelsen intenta excluir que ellos sean *puramente* dinámicos. A menudo, las constituciones no se limitan a instituir autoridades normativas sino que, además, contienen normas sustanciales (por ejemplo, normas que atribuyen derechos y libertades fundamentales), dirigidas a influir sobre el contenido de las normas que pueden ser producidas por el legislador o por los otros órganos nomotéticos autorizados. Igualmente, las normas de ley habitualmente regulan los tipos contractuales, estableciendo límites sustanciales a la autonomía privada de las partes; especifican, además, los delitos y las penas, estableciendo límites a la discrecionalidad de los jueces penales. No obstante —sostiene Kelsen—, lo que cuenta, desde el punto de vista de la obligatoriedad de una norma en —y para— un ordenamiento en su conjunto eficaz, no es el contenido sino el haber sido producida por un órgano jurídico (*prima facie*) competente. En efecto, una ley contraria a la constitución, una sentencia contraria a la ley, son derecho válido si, y en tanto que, no sean anuladas por un órgano jurídico competente como resultado de un procedimiento especial[558].

Se advierte así que el concepto kelseniano de derecho es un concepto *avalorativo* (neutro desde un punto de vista ético-normativo), *formal-estructural* (no comprometido con determinados contenidos pero atento a los componentes de los ordenamientos jurídicos y a las relaciones entre estos, es decir, a su "estructura"), *empírico*, (basado sobre la observación de

---

557 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 220 ss.

558 Cfr. KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. V; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, capp. X-XI; Id., *La dottrina pura del diritto*, cap. V; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 59.

datos de la experiencia), fruto de una *redefinición explicativa* de nociones de sentido común, avalada por un análisis teórico, comparativo y estructural, de las experiencias jurídicas presentes y pasadas. Todo ello de conformidad con el ideal metateórico de la pureza, en las dos dimensiones del antisincretismo y de la *Wertfreiheit*.

Los ordenamientos jurídicos son ordenamientos normativos: conjuntos ordenados de *normas objetivamente válidas*. Los próximos parágrafos serán dedicados a la teoría kelseniana de las normas jurídicas y de la validez.

5.2. Normas jurídicas: consideraciones preliminares

Las normas jurídicas son —al igual que toda norma social— el *sentido de actos de voluntad relativos a comportamientos de seres humanos* (en cuanto seres "dotados de razón y de voluntad") *en un contexto social*[559]. Tras de cada norma siempre hay (ha habido) alguien —individuo singular o colectividad— que *quiere* (ha querido) que algo "deba" ser o "deba" suceder. Por lo tanto, las normas jurídicas son "contenidos de significado" (*Sinngehalten*): *significados* susceptibles de ser expresados en las formas gramaticales más diversas. En cuanto tales, pertenecen al mundo de las creaciones espirituales y, más precisamente, al mundo de lo que deber ser, al mundo del "deber", al mundo del *Sollen*. Por su pertenencia al mundo del deber, las normas jurídicas no son fragmentos de un discurso cognoscitivo; no son conocimiento, enseñanza, o "doctrina" (*Lehre*), como es sostenido erróneamente por representantes eminentes de la *allgemeine Rechtslehere* del siglo XIX, entre ellos, por ejemplo, Adolf Merkel[560]. En fin, en cuanto contenidos de significado pertenecientes a la esfera del deber, —a la esfera práctica de lo que se debe, no se debe o se puede hacer—, las normas jurídicas se sitúan en relación con el mundo de los comportamientos sensibles, como "esquemas de interpretación" o "calificación" (*Deutungsschemata*) de la realidad:

> "En una sala se están reunidas personas que discuten, algunas alzan la mano, otras no; esto es el evento exterior. Su significado, en cambio, [a la luz de las normas de una constitución vigente, ndr] es que se *aprueba* una *ley*, que se *crea derecho* [...] desde un asiento elevado, un hombre con

[559] Cfr. KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, caps. 8, § VIII, 9, 22, 23, 37.

[560] KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 30; cfr. *supra*, cap. III, § 3.

toga dirige determinadas palabras a otro hombre que está delante suyo. Jurídicamente [a la luz de las normas penales y procesales penales vigentes, ndr], este comportamiento exterior significa que ha sido *pronunciada* una *sentencia judicial.* Un comerciante escribe a otro una carta con un determinado contenido y el otro responde con otra carta": desde el punto de vista de las normas jurídicas vigentes (válidas), "esto significa que han *estipulado un contrato* [...] Alguien causa con una acción cualquiera la muerte de otra persona; jurídicamente, este acto significa: *homicidio*"[561]. (Cursivas agregadas).

Las normas jurídicas cumplen —sostiene Kelsen— una u otra de *cuatro* funciones distintas: *prescribir* (ordenar, prohibir), *permitir*, conferir poderes normativos (*autorizar*), *derogar*[562]. Por esta razón, el "debe" ser o "debe" suceder que comparece en la definición kelseniana de "norma" ha sido puesto antes entre comillas. Kelsen destaca, pues, entre un sentido estricto y común de "deber", que corresponde a "tener la obligación" o "tener el deber", y un sentido genérico de "deber", estipulado por el propio Kelsen, donde "deber" funciona de "marcador de posición" deóntico, que puede corresponder, según los casos, a "tener el deber" (típicamente, en las normas que Kelsen llama "secundarias", como veremos), o bien a "tener el poder", "ser autorizado" (en las normas que Kelsen llama "primarias", como veremos), o bien a los dos al mismo tiempo (en las normas primarias donde la falta de ejercicio del poder que ellas atribuyen sea sancionada)[563]. El mundo de las normas jurídicas no se reduce, por ende, tampoco por Kelsen, a un mundo de prescripciones (órdenes y prohibiciones)[564].

561 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 10.

562 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 24-26, 68-72, donde considera también las normas definitorias y de interpretación auténtica ("que determinan el sentido de otras normas"), sin aclarar si sean normas de uno de los cuatro tipos indicados en el texto (¿prescriptivas?, ¿de permisión?). Sobre estas normas volveremos brevemente en §5.9.

563 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, § 18. Saco la expresión "marcador de posición" de PAULSON, S. L., *La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica*, p. 28.

564 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 1, § V.

No todas las normas jurídicas tienen la misma relevancia desde el punto de vista cognoscitivo de la comprensión de los fenómenos jurídicos. Algunas de ellas son los elementos que caracterizan a los ordenamientos jurídicos, las que distinguen tales ordenamientos de los ordenamientos sociales de otro tipo; se trata de las normas "autónomas", que son luego las normas *primarias* sancionadoras —las cuales, sea dicho de paso, *autorizan* (y a menudo, pero no necesariamente, *obligan*) los jueces a imponer sanciones, siendo así evidencias, al mismo tiempo, del carácter *coercitivo* y del carácter *dinámico* del derecho[565]—. Otras normas, por el contrario, son "no-autónomas" en relación con las primeras, sea porque están implicadas por las primeras, sea porque son funcionalmente parasitarias respecto de ellas.

A primera vista, la selva de las normas jurídicas de un ordenamiento positivo cualquiera aparece poblada de una variedad de normas bastante más amplia que la sugerida por los cuatro tipos de funciones recién señalados. Sin embargo, según Kelsen es menester no dejarse engañar por las apariencias; en efecto, algunas normas no serían sino el "reflejo", el correlativo "doble", de normas de otro tipo.

Para una norma jurídica "existir" *equivale* a ser "válida" (*gültig*): la validez (*Geltung*) es —como Kelsen no se cansa de repetir— "la existencia específica de las normas". Veremos en seguida cuáles son, para Kelsen, las condiciones de existencia-validez de una norma jurídica, y si tales condiciones sean teóricamente aceptables (§ 5.12).

En términos muy genéricos, estas son las ideas básicas de la teoría general de las normas jurídicas de Kelsen. Corresponde ahora descender en el detalle de una exploración que, como se verá, aunque pareciera descubrir restos de dudoso valor, posee no obstante el valor metodológico de ser un modo ejemplar de reflexionar sobre el derecho.

5.3. Normas jurídicas: tipologías

Kelsen clasifica las normas jurídicas desde una pluralidad de puntos de vista diferentes. Algunos de estos ya han sido mencionados; sin embargo, parece oportuno ofrecer una visión sinóptica de esta clasificación.

---

565 Sobre este punto, véase PAULSON, S. L., *La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica*, pp. 19-35.

Desde el aspecto de la "función", Kelsen distingue, como fuera señalado, entre normas en función imperativa, normas en función permisiva, normas de competencia, normas derogatorias.

Desde el aspecto del "ámbito temporal de validez" distingue, sin originalidad particular, entre normas retroactivas y normas no-retroactivas, así como entre normas temporales (provistas de un final de su validez expresamente establecido) y normas permanentes[566].

Desde el aspecto del "ámbito espacial de validez" distingue, nuevamente en la línea de la teoría dominante, entre normas universales, estatales y locales[567].

Desde el aspecto del ámbito "personal" y "material" de "validez" distingue entre normas generales y normas individuales.

Desde el aspecto de la forma o estructura lógica, distingue entre normas "hipotéticas" y normas "categóricas".

Desde el aspecto de la autonomía funcional, distingue entre "normas autónomas" (las normas "primarias") y normas "no-autónomas"; dentro de este último conjunto, distingue luego entre normas "implícitas" en otras normas (por ejemplo, como veremos, las normas "secundarias") y normas parasitarias, auxiliares, o "fragmentos de norma" (las normas permisivas o de excepción, las normas de competencia, las normas derogatorias, las normas definitorias e interpretativas).

Desde el aspecto de su "existencia", distingue entre normas objetivamente válidas (vigentes, obligatorias, dotadas de fuerza vinculante desde el punto de vista objetivo de la ciencia jurídica) y normas objetivamente inválidas; entre normas reales, o propiamente dichas, y normas "solo pensadas"; entre normas reales y normas "ficticias" —categoría, esta última, a la que pertenece, en la última fase de su reflexión epistemológica, el constructo capital de la teoría jurídica de Kelsen: la "norma fundamental" (*Grundnorm*)[568]—.

---

566 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 36.

567 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 36.

568 Cfr. *supra*, § 3.4; además, § 5.13. Para los amantes del género "Derecho y literatura" no puede omitirse señalar sobre el punto —como un claro ejemplo de malentendido literario— la novela policial de TABUCCHI, A. *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Palermo, 1997.

Finalmente, desde el aspecto de su relevancia normativa efectiva, Kelsen distingue —tácitamente— entre normas relevantes y normas irrelevantes: como, por ejemplo, las normas que adscriben un derecho subjetivo-pretensión, un *claim right* según la terminología de W. N. Hohfeld, siendo correlativas de normas que imponen obligaciones.

Cada taxonomía amerita mayores consideraciones.

5.4. Normas individuales, generales, hipotéticas, categóricas

Una norma es "individual" cuando prescribe tener "un comportamiento determinado [...] en una circunstancia particular y única" —por ejemplo: "desea un feliz cumpleaños [...] al señor Martín con ocasión de su quincuagésimo natalicio"; "Schulz debe ser sancionado con dieciocho meses de reclusión por haber cometido concusión"—.

Por el contrario, una norma es "general" cuando prescribe "un comportamiento determinado en general" —por ejemplo: "no mentir"; "la concusión es sancionada con reclusión de seis meses a tres años"—.

Las normas individuales y las generales pueden estar dirigidas, desde el punto de vista de sus destinatarios, a una o más personas "singularmente determinadas" o bien a "una categoría de personas"[569].

Las normas jurídicas generales, cual sea su forma gramatical, son normas sintácticamente hipotéticas. Su forma lógica apropiada es: "Si A, *debe* ser B" —y, por lo tanto, retomando el ejemplo: "*Si* alguien lleva a cabo un comportamiento que constituye concusión, *debe* ser sancionado con reclusión, entre seis meses y tres años"—.

---

[569] Kelsen no va más allá en su análisis. Clasificaciones, grosso modo, coetáneas pero más finas, pueden encontrarse, por ejemplo, en BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, pp. 227-236, que desarrolla la noción tradicional de "norma general y abstracta" en la cuadricotomía normas generales abstractas, normas generales concretas, normas individuales abstractas, normas individuales concretas; y además en VON WRIGHT, G.H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cap. V, que distingue entre normas generales respecto del sujeto y del comportamiento ("normas eminentemente generales"), normas individuales respecto del sujeto y del comportamiento ("normas eminentemente individuales"), normas generales respecto del sujeto e individuales respecto del comportamiento, normas individuales respecto del sujeto y generales respecto del comportamiento.

Las normas jurídicas individuales, por el contrario, pueden ser, según los casos, sintácticamente hipotéticas ("Si Bianchi no demuele la construcción ilegal hasta el 30 de marzo, se debe proceder a la demolición coactiva") o categóricas ("Ya que Bianchi no ha demolido la construcción ilegal hasta el 30 de marzo, se debe proceder a la demolición coactiva")[570].

Desde sus escritos iniciales, Kelsen adscribe a la distinción entre normas jurídicas generales e individuales la función crítica de refutar la difundida tesis de la teoría general del derecho del siglo XIX, según la cual el derecho estaría compuesto por *normas generales*. Según Kelsen y la Escuela de Viena, en cambio, el derecho se compone también de *normas individuales* —ejemplificadas, sobre todo, por las sentencias judiciales—. Además, Kelsen opina que para el científico del derecho, las normas individuales revisten una importancia capital; en efecto, las normas individuales permiten establecer si, y en qué medida, las normas generales son *eficaces*. Una norma general no puede ser "*inmediatamente* observada o violada", inmediatamente utilizada y aplicada, o bien no utilizada o no aplicada. Al contrario, las normas generales son eficaces *solo en vía mediata*, a través de la eficacia de normas individuales (categóricas) correspondientes. Estas últimas, sea que la norma general sea una norma secundaria dirigida a los súbditos comunes de un derecho positivo, sea que se trate de una norma primaria dirigida a los órganos de aplicación de un ordenamiento positivo, son siempre el fruto de actos de voluntad nomotéticos. En cada caso, es necesario "el reconocimiento (*Anerkennung*) de la norma [...] general por parte del individuo que establece [para sí mismo o para terceros, ndr] la norma categórica individual" correspondiente[571].

5.5. Normas primarias, normas secundarias

La función principal de las normas sociales —jurídicas y no-jurídicas (morales, religiosas)— es la función imperativa o prescriptiva, el ordenar o prescribir comportamientos comisivos (acciones) u omisivos (omisiones).

---

570 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, caps. 1, §X, 12, 13, 14, 37, 38, 60; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 122-123.

571 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, caps. 12, 13.

Se suele distinguir, en la función imperativa o prescriptiva, entre "ordenar" y "prohibir". Sin embargo, ordenar y prohibir no son funciones distintas sino —advierte Kelsen— "la misma función referida a comportamientos distintos"; ordenar tener un cierto comportamiento equivale a prohibir omitir ese mismo comportamiento, y viceversa ("obligatorio no matar" equivale a "prohibido matar"; "obligatorio pagar las tasas" equivale a "prohibido no pagar las tasas", etc.).

La especificidad de las normas jurídicas en función imperativa o prescriptiva consiste, según Kelsen, en la *conexión esencial* entre dicha función y la predisposición de sanciones coercitivas: la propiedad distintiva de las normas jurídicas en función prescriptiva consiste, como se ha visto (§ 5.1), en imputar a conductas humanas el "deber" (en sentido genérico) de sanciones coercitivas inmanentes y organizadas; son estas, como se ha visto, las normas jurídicas *primarias*, de modo que, si un comportamiento no es —indirectamente e implícitamente— regulado por una norma primaria de un ordenamiento jurídico, que impute una sanción al comportamiento opuesto, tal comportamiento no es, para dicho ordenamiento, el objeto de una verdadera y propia orden *jurídica*; los individuos no tienen, jurídicamente, el *deber* de tener tal comportamiento; por el contrario, son destinatarios de una simple expresión de deseo ("Wunsch") por parte del legislador[572].

Las normas primarias generales son normas hipotéticas de la siguiente forma: "Si F (comportamiento), entonces *puede /debe* ser S (sanción coercitiva)". Las normas primarias generales no son, por tanto, necesariamente normas *imperativas* para sus destinatarios (los jueces u otros órganos de la aplicación). En efecto, la sanción siempre es imputada a un comportamiento mediante una *autorización*, en el sentidod de que a un órgano se le atribuye el *poder*, aunque no necesariamente también el *deber*, de imponerla. Sin embargo, en todo caso una norma primaria general —sea simplemente *autorizadora* o bien también *imperativa*— implica necesariamente una *norma secundaria imperativa*: "prohibido matar", "no se debe robar", "prohibido hacer falso testimonio", "obligatorio honrar las promesas", etc.

Kelsen sostiene además que, para el derecho, contrariamente a una opinión difundida en la filosofía jurídica del siglo XIX y reflejada en una

572 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, §§I, II, III.

terminología tradicional opuesta a la de Kelsen, técnicamente la formulación de normas secundarias es totalmente superflua:

> "'No se debe robar'; 'si alguien roba, debe ser sancionado'. La formulación de la primera de las dos normas, sin embargo, es superflua, ya que el deber-de-no-robar consiste *jurídicamente* solo en el deber-ser-sancionado vinculado a la condición de robar"[573].

Esto no quiere decir, obviamente, que los legisladores no recurran por distintas razones a la formulación de normas imperativas secundarias; por el contrario, las constituciones y los códigos están generalmente llenos de normas de este tipo.

La relación entre normas jurídicas en función imperativa y sanciones coercitivas es una relación interna; las normas primarias no son, como en Austin, órdenes *sostenidas* por la amenaza de una sanción; son prescripciones que imputan a un comportamiento (abstracto o concreto) la *obligatoriedad* (el "deber" o "deber ser") *en sentido genérico* de una sanción. El problema recurrente de la relación entre derecho y sanción, entre derecho y fuerza, es resuelto por Kelsen en los siguientes términos, con el aplauso unánime, cabe notar, de los filósofos del derecho contemporáneos: el derecho es *organización* de la fuerza, *regula* el uso de la fuerza en un cierto contexto nacional o internacional.

La conexión entre imperativos jurídicos y sanciones es, como fuera dicho, una *conexión esencial*; con esto, Kelsen recuerda —para rechazarla— la distinción, apreciada por la tradición iusnaturalista, entre *mala in se* y *mala quia prohibita et punita*. En el derecho positivo —como lo sostuvo Thomas Hobbes, el padre del positivismo jurídico moderno— no hay *mala in se* (es decir, conductas que son intrínsecamente malas, malvadas, dañinas), sino solo *mala quia punita* (conductas que son malas, malvadas, dañinas *porque* prohibidas y punidas), al contrario que en la moral, donde los males son *mala en sí*. Desde un punto de vista jurídico se debe omitir mentir si, y solo si, quien miente debe ser sancionado de una cierta manera establecida por una norma primaria. En cambio, desde un punto de vista moral se debe omitir mentir porque mentir es moralmente errado, y la eventual sanción

573 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 32; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 68-69.

moral para quienes mienten, la desaprobación social y, en el peor de los casos, el ostracismo es una *consecuencia* del hecho de que mentir sea considerado un mal en sí mismo[574].

5.6. Normas permisivas y situaciones de permiso en sentido negativo (regulación "negativa" de los comportamientos)

Además de la función prescriptiva (ordenar, prohibir), con la peculiaridad que esta función presenta en el campo del derecho, las normas también pueden desarrollar una función *permisiva*.

Esto se verifica, en particular, cuando una norma permite un comportamiento comisivo u omisivo; cuando es válida, por ejemplo, una norma de la forma "Si A, entonces *permitido* B" o, más simplemente, "Permitido B".

Si bien Kelsen no expresa su posición en estos términos, parece claro que, desde su punto de vista, las normas en función permisiva pueden ser de dos tipos distintos.

De un lado, están las *normas expresamente* —y *directamente*— *permisivas*: aquellas que califican un comportamiento como "permitido".

De otro, están las normas *tácitamente* —e *indirectamente*— *permisivas*: se trata de las normas que expresamente derogan normas imperativas, de las normas que "suprimen totalmente", o "limitan", la "validez" de normas en función imperativa ("la validez de la norma con función imperativa N es suprimida", "la validez de la norma con función imperativa N se limita a los comportamientos C"). Kelsen afirma, pues, que "un comportamiento está *permitido en sentido positivo* si la validez de la norma que lo ordena es suprimida o limitada" por otra norma, de forma que tal comportamiento no es simplemente "libre", sino "dejado libre"[575].

Entre las normas permisivas y las normas derogatorias subsiste, por tanto, una peculiar intersección funcional. Las normas que expresamente derogan otras normas imperativas, indirectamente cumplen, como acabamos de ver, una función permisiva: son *directamente* normas derogatorias e *indirectamente* normas permisivas. Simétricamente, las normas expresamente permisivas cumplen *indirectamente* (en el modo que veremos dentro de

574 Cfr. KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, caps. 32, 35.

575 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, §§ IV, V.

poco) una función derogatoria; son *directamente* permisivas e *indirectamente* derogatorias[576].

Las normas (expresamente) permisivas que limitan la validez de una norma primaria, introduciendo excepciones, son un ejemplo paradigmático de normas *no-autónomas* o *fragmentos de norma*. Dada la norma primaria: "Quien cause la muerte de una persona debe ser sancionado con veinte años de reclusión", y dada la norma permisiva: "Está permitido causar la muerte de una persona en legítima defensa", se puede obtener el mismo efecto con una sola norma: "Quien cause la muerte de una persona por un motivo distinto a la legítima defensa debe ser sancionado con veinte años de reclusión"[577].

Kelsen sostiene, además, que, en relación con un determinado ordenamiento jurídico positivo, un comportamiento puede estar "permitido" incluso *de modo negativo*, o mediante una "regulación negativa". Esto sucede cuando dicho comportamiento no es objeto de alguna norma positiva: en particular, *ni* de una norma prohibitiva (secundaria, implícita en una norma primaria correspondiente) *ni* de una norma permisiva[578].

En ambos casos, sostiene Kelsen, destaca el carácter parasitario sea de las normas jurídicas permisivas, sea de las situaciones de permiso en sentido negativo, respecto de ordenamientos cuya característica esencial consiste en contener normas en función imperativa, primarias y secundarias:

> "Por tanto, la función, tanto negativa como positiva, del permitir —escribe Kelsen— está esencialmente ligada a la del prescribir [ordenar o prohibir]"[579].

En efecto, en la perspectiva de Kelsen:

(*a*) Las situaciones permitidas negativamente son situaciones de *ausencia* de normas imperativas (y permisivas);

---

576 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § IV.

577 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § IV; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 69.

578 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 25-26, 54 ss.; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, §IV.

579 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 25-26; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, §II, 31.

(*b*) La principal función (indirecta) de las normas (expresamente) permisivas, cuando existen, consiste en la anulación y en la sustitución, total o parcial, de normas imperativas preexistentes —a través de criterios especiales de resolución de las antinomias, fundados sobre la norma fundamental como principio epistemológico (hasta la tercera fase construccionista), o expresados por normas positivas (en la fase posconstruccionista);

(*c*) Las normas que adscriben derechos subjetivos (por ejemplo, las normas constitucionales que adscriben "derechos fundamentales") son, en muchos casos, normas en función permisiva ("Permitido manifestar libremente el propio pensamiento", "Permitido reunirse", "Permitido asociarse", "Permitido circular por el territorio nacional", etc.) *correlativas* de normas imperativas: "El "estar-permitido" el comportamiento de B solo es el reflejo de estar-prescrito el comportamiento de A. Este "permitir" no es una función del ordenamiento normativo distinta del "prescribir""[580]. Como en Bentham, las normas permisivas son, entonces, doblemente parasitarias respecto de las normas imperativas: no tienen razón de ser sino en relación con normas imperativas; cuando adscriben derechos, su efectividad depende de la eficacia de las normas imperativas correspondientes.

Hasta aquí me he limitado a dar cuenta de la tesis kelseniana según la cual un ordenamiento jurídico puede "regular" los comportamientos humanos de *dos* modos diversos: *sea* por vía de regulación positiva, *sea* por vía de regulación negativa.

Sin embargo, una vez entendida la *regulación negativa* de una cierta conducta como regulación que obtiene en *ausencia de normas* sobre dicha conducta, la idea de una *regulación negativa* aparece problemática y paradójica. Surge espontáneamente la pregunta, sobre la base de una reflexión también superficial, de cómo sea posible *regular* algo *sin recurrir a reglas*; de cómo sea posible *regular* algo *en ausencia de normas*. Y, con ello, surge la duda de que la idea kelseniana de la regulación negativa de los comportamientos

[580] KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 26; sobre las normas que adscriben derechos, cfr., además, §5.10.

sea insostenible si se le toma a la letra, no pudiendo tener sino un sentido metafórico que debe ser destacado.

Un comportamiento permitido en sentido negativo es un comportamiento —dice Kelsen— "libre" (libertad como ausencia de prohibición, ausencia de norma prohibitiva). Sin embargo, según Kelsen, incluso tal comportamiento, siendo libre *en relación a un ordenamiento jurídico positivo*, debe considerarse *regulado por el derecho*, aun cuando se trate de un caso de *regulación negativa*. Ahora bien: ¿Cómo puede un mismo comportamiento estar, al mismo tiempo, *no-regulado* (positivamente) y *regulado* (negativamente)?

Kelsen retoma, en el capítulo 31 de su póstuma *Teoría general de las normas*, el tema de la regulación negativa de los comportamientos, que había afirmado en la segunda edición de *La teoría pura del derecho*. En aquel capítulo aparentemente ofrece dos vías distintas de escape a esta paradoja. Como veremos, ninguna de ellas es satisfactoria.

La primera vía de escape consiste en configurar la regulación negativa como una *regulación potencial*. Desde este punto de vista, un comportamiento regulado negativamente es un comportamiento *libre*, no regulado positivamente por un ordenamiento pero, sin embargo, susceptible de alguna regulación positiva futura, pues, como se sabe, el derecho puede tener *cualquier contenido*, puede regular —no importa si de manera útil o no— cualquier comportamiento (no imposible o necesario). Esta vía de escape parece destinada al fracaso. Bien vistas las cosas consiste en un truco verbal. ¿Por qué no llamar las cosas por *su* nombre? Un comportamiento *aquí y ahora* no regulado es un comportamiento aquí y ahora *no regulado*; no es un comportamiento "regulado, aunque negativamente".

La segunda vía de escape fracasa también, porque, como veremos ahora, consiste, aparentemente, en hacer colapsar la diferencia entre regulación positiva y regulación negativa. Kelsen intenta solucionar la paradoja de la regulación negativa de las conductas invocando —aunque sin nombrarlo— un *principio de estricta legalidad sancionadora*. Escribe Kelsen:

> "Cuando un orden jurídico *determina* que un acto coercitivo como sanción puede darse *solo* con la condición de que exista una conducta *prohibida* por el orden jurídico, entonces ésta es la medida que determina que *no puede* proceder ningún acto coercitivo como sanción cuando tal conducta

prohibida no existe, esto es, cuando existe una conducta permitida en sentido negativo, jurídicamente libre"[581]. (Cursivas agregadas).

Cabe notar, sin embargo, que en virtud del principio de estricta legalidad sancionadora, los comportamientos negativamente regulados se vuelven *positivamente* regulados. Se vuelven, pues, *condiciones* de una *consecuencia jurídica* que consiste en el "deber" (*Sollen*) *negativo* de no imponer una sanción coercitiva ("Si una conducta es jurídicamente libre, entonces no debe ser impuesta alguna sanción"). Tal "deber" negativo, en los términos de la teoría kelseniana, equivale, al menos, a la *incompetencia*, al defecto de poder o de autorización, de los órganos de la aplicación, respecto a la imposición de sanciones coercitivas para los comportamientos no-regulados. Digo "al menos", porque no se puede excluir que, en virtud de alguna otra norma del ordenamiento, los órganos de aplicación podrían tener el deber jurídico —por definición, sancionado— de no imponer sanciones.

Cabe notar, además, que el colapso de la pretendida regulación negativa en regulación positiva ocurre por efecto de la validez de una norma que no puede ser sino un elemento contingente de los ordenamientos jurídicos: es decir, propia de algunos ordenamientos pero no necesariamente de todos. Por las siguientes razones, Kelsen considera el principio de estricta legalidad sancionadora como un dato inmanente a los ordenamientos jurídicos, ya que se trataría del reflejo de la *naturaleza* (de la "lógica") de la jurisdicción:

"En todos los casos —escribe Kelsen[582]—, el ordenamiento jurídico válido siempre puede ser aplicado al caso concreto en la medida en que requiere

---

581 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 31; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 54-55; también la solución adicional, ensombrecida en las pp. 55-56, parece hacer colapsar la distinción entre reglamentación positiva y reglamentación negativa. Si el comportamiento "libre" está protegido por normas que imponen a terceros el deber de no interferir, entonces no se trata más de un comportamiento *negativamente regulado* sino de un comportamiento *positivamente regulado de modo indirecto*, a través de normas sancionatorias. Si, por el contrario, por hipótesis, tal comportamiento es verdaderamente libre (no protegido) y puede darse una interferencia entre individuos relativa al ejercicio de aquella libertad, entonces, ante un juez, una o ambas partes verían reconocido su derecho de hacer lo que han hecho y, nuevamente, su situación resulta positivamente, aun cuando tácitamente, regulada.

582 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, nota 84; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 24 ss.

que la demanda del actor sea acogida o que el imputado sea condenado, o bien que la demanda sea rechazada o que el imputado sea absuelto. *Tertium non datur*. En ello reside precisamente la completitud del sistema jurídico".

Sin embargo, semejante principio jurisdiccional no es otra cosa sino el principio de la prohibición de *non liquet*, afirmado en la Francia revolucionaria y napoleónica, rechazando el principio opuesto, del (permiso de) *non liquet*, propio del antiguo régimen, y desde entonces vigente en todos los ordenamientos jurídicos evolucionados. Se trata, pues, de un principio jurídico del todo *contingente*, que puede fundar —*contingentemente*— la completitud del derecho positivo. En todo caso, se trata de un aspecto *eventual* de los ordenamientos jurídicos positivos. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene Kelsen, desde el punto de vista de la historia de las instituciones jurídicas, *Alterum datur*.

5.7. Normas que confieren poderes

El carácter (esencialmente) dinámico de los ordenamientos jurídicos positivos (*supra*, § 5.1) se manifiesta en la presencia de normas en función de autorización: normas de competencia, normas de habilitación, normas que confieren poderes —en particular, poderes de producir normas, aplicar normas, ejecutar normas[583]—. Las mismas normas primarias son, como hemos visto, normas que autorizan la imposición de una sanción, y solo eventualmente normas que imponen el deber de imponerlas.

En virtud de ello, Kelsen combina el elemento dinámico y el elemento coercitivo en la formulación estándar de la norma fundamental: sea de los ordenamientos jurídicos estatales ("La coerción debe ser ejercida bajo las condiciones y en los modos establecidos por la constitución que históricamente sea la primera y por las normas puestas de conformidad con ella"), sea del ordenamiento internacional ("La coerción de un estado contra otro estado debe ser ejercitada bajo las condiciones y en los modos establecidos por el derecho consuetudinario internacional")[584].

---

583 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 26: "Autorizar" significa "conferir a un individuo el poder de formular y aplicar normas"; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 69-71, 86-87, 157-160, 161 ss., 168 ss.

584 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 225-226, 245-246.

La teoría kelseniana de las normas de competencia se caracteriza por tres tesis: la tesis de la *heterogeneidad* respecto de la función permisiva; la tesis de la *no-autonomía*; la tesis de la *implicación imperativa* ("poder implica deber").

Heterogeneidad respecto de la función permisiva. Eminentes cultores de la filosofía práctica o de la filosofía derecho —entre ellos, P. Geach, G. H. von Wright, H. Castañeda, I. Tammelo, A. Wedberg— han configurado las normas que confieren poderes como normas permisivas, negando toda distinción conceptual entre permitir y autorizar (adscribir un poder). Kelsen, por el contrario, considera que las dos funciones deben ser distinguidas en el ámbito de una reconstrucción teóricamente apropiada de la tipología de las normas jurídicas. Las normas que autorizan, las normas que confieren poderes normativos, no son normas permisivas. La producción y aplicación de normas jurídicas por parte de legisladores, jueces y funcionarios administrativos, contrariamente a una opinión difundida, no es "permitida" sino "autorizada". Quien actúa *ultra vires*, es decir, sobrepasando los poderes conferidos, produce normas nulas (como la orden de pago de un "billete suplementario" que un pasajero de un tren dirija a otro pasajero) o anulables (como, por ejemplo, sentencias contrarias a la ley o leyes contrarias a la constitución)[585].

Ni las normas permisivas ni las normas de competencia pueden ser *violadas*: se trata de normas que pueden ser utilizadas o no utilizadas por sus destinatarios, que pueden ser aplicadas o no aplicadas; sin embargo, no tiene sentido hablar de "observancia", "cumplimiento", "violación", "infracción" en relación con normas de estos dos tipos[586]. ¿Dónde se encuentra, entonces, la diferencia que Kelsen sostiene que existe?

Las normas de competencia son —aunque Kelsen nunca usa esta expresión— *metanormas*; en concreto, son normas referidas a la *producción de otras normas*, según los casos: normas generales (legisladores, costumbres),

---

585 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § VI.

586 La aplicación de una norma de competencia puede constituir el objeto de un deber, en virtud de una norma primaria que reconecta una sanción con la omisión de aplicación (por ejemplo: el rechazo de un juez de juzgar). En tal caso, sin embargo, no es susceptible de violación la norma de competencia sino la norma secundaria correspondiente a la norma primaria sancionadora. Entonces, como dicen los juristas, el órgano jurídico tiene el "poder-deber" de producir normas.

normas individuales (jueces, partes contrayentes, testadores), normas primarias, normas secundarias, normas permisivas, normas de competencia, normas interpretativas, etc.

Las normas permisivas, por el contrario, *no* son metanormas sino *normas de primer nivel*. Ciertamente, pueden funcionar como normas derogatorias, pero no son, directamente, (meta)normas derogatorias. En sí misma, la norma que permite causar la muerte de una persona en legítima defensa *no es idónea* para derogar parcialmente la norma que establece la reclusión para quien cause la muerte de una persona. Tal efecto se verifica *si*, y *solo si*, vale algún criterio de resolución de los conflictos normativos: por ejemplo, el criterio de la *lex specialis*.

No-autonomía. Al igual que las normas permisivas, también las normas de competencia (diferentes de las normas primarias) son normas no-autónomas; más precisamente, son fragmentos de normas primarias.

> "También las normas [de autorización, ndr] —escribe Kelsen[587]— son normas no autónomas [...] En efecto, ellas solo determinan una de las condiciones bajo las cuales, en una norma autónoma, se conecta el deber ser del acto coercitivo [...] Consideremos la situación que se verifica cuando, en un ordenamiento jurídico estatal, el robo está prohibido mediante una ley que impone una pena de detención. La condición de la pena prevista por la norma no solo es el hecho de que una persona haya cometido un robo: el robo debe ser verificado con un procedimiento, determinado según las normas de un ordenamiento jurídico y por un tribunal autorizado para ello [...] En un procedimiento, el tribunal está autorizado para imponer una pena contra el ladrón solo si en un procedimiento constitucional ha sido producida una norma general que conecta una cierta pena con el robo. La norma de la constitución, que autoriza a producir estas normas generales, determina una condición, a la cual está vinculada la sanción".

Implicación imperativa ("Poder implica deber"). Sostiene Kelsen, con la tercera tesis en el tema de las normas de competencia, que conferir el poder de producir normas "implica" la orden, para los destinatarios de las normas, de obedecerlas. ¿Cómo es posible esto? ¿De qué relaciones de implicación se trata?

---

587 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 69-70.

"La función normativa de la autorización —sostiene Kelsen[588]— es distinta tanto de la permisiva como de la imperativa. No obstante, la autorización puede *implicar* (*implizieren*) un imperativo. Implica un imperativo cuando se tiene autorización para establecer normas [...] Si una norma constitucional autoriza al órgano legislativo a establecer normas generales, obligatorias para los sujetos sometidos al derecho, no es solo la competencia del órgano legislativo para poner normas generales lo que reposa sobre la constitución sino también su *obligatoriedad.* Ello pues, autorizando al legislador a establecer leyes obligatorias para los sujetos sometidos al derecho, la constitución autoriza al legislador a elevar el comportamiento de los súbditos contrario a las leyes a condición de *sanciones* y, por esta vía, *a hacer* las leyes que este promulgue *obligatorias* para los sujetos. De este modo, *los sujetos están vinculados en última instancia* por la propia constitución —ciertamente, *no de un modo inmediato* sino *mediato*, a través de las leyes autorizadas por la constitución que establecen sanciones; en otros términos, la constitución les prescribe conformarse a las leyes [...] La norma que autoriza [...] al legislador [a producir normas generales] desarrolla así dos funciones diferentes en relación con dos sujetos diferentes [...] La [...] norma enuncia: 1) que el órgano legislativo puede producir normas generales; 2) que las personas cuyos comportamientos estén regulados por tales normas deben conformarse a tales normas". (Cursivas agregadas).

A la luz de este pasaje, parece posible dar una respuesta a la pregunta antes planteada. La relación de implicación entre normas que confieren un poder normativo y normas imperativas es, aparentemente, una relación de *implicación conceptual*: depende de los conceptos estipulados y usados por Kelsen. El poder de dictar normas *obligatorias* implica el deber de obedecerlas, puesto que "dictar normas obligatorias" equivale a dictar normas (secundarias) que deben ser obedecidas, porque se dictan las normas primarias correspondientes las cuales establecen el deber de actos coercitivos.

La implicación solo vale para las normas de competencia de este tipo. No vale, por ejemplo, para las normas de competencia que atribuyen a los privados el poder de acudir a los tribunales (aquello que, como veremos, Kelsen denomina "derechos subjetivos en sentido técnico", § 5.10). En tal caso, los privados no tienen el poder de producir normas obligatorias; bien

588 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 26, §IV.

vistas las cosas, tienen el poder de contribuir a la eventual producción de normas obligatorias por parte del juez recurrido.

5.8. Normas derogatorias

Una teoría articulada de las normas derogatorias (*derogierende Normen*) pertenece —paradójicamente, para una filosofía del derecho positivo que se proclama normativista desde sus albores— al último Kelsen: a los escritos siguientes a 1960, en particular, *Derogation*, de 1962, y los capítulos 27 y 29 § III, de la *Teoría general de las normas*.

> "[La] derogación es la anulación de la validez de una norma válida (*in Geltung stehenden*) *a través de otra norma*. [La norma derogatoria] no establece que, en presencia de determinadas condiciones, deben seguirse determinadas consecuencias, sino que anula el ser-debido (*Gesollt-Sein*) de un comportamiento establecido en una norma vigente hasta dicho momento [...] No se debe confundir la norma que suprime la validez de otra norma, [la cual] establece un comportamiento como obligatorio, con una norma que establece que la omisión de tal comportamiento es obligatoria. [La norma derogatoria] no establece la obligatoriedad (*das Sollen*) de un comportamiento o de su omisión, sino la no-obligatoriedad (*das Nicht-Sollen*) de un comportamiento o de una omisión, que en otra norma es establecido como debido"[589].

Los aspectos más destacados de la reflexión kelseniana sobre las normas derogatorias son, resumidamente, los siguientes:

1. Las normas derogatorias son *metanormas*, recaen directa y exclusivamente sobre otras normas (generales o individuales), no ya sobre comportamientos (no son normas de conducta, normas sobre comportamientos, incluidos los actos normativos, productivos de normas). Las normas derogatorias versan, en particular, sobre la "validez" de otras normas, no sobre su contenido: son normas relativas a la validez-obligatoriedad de otras normas, establecen de estas el "no-deber" (*non-ought, Nicht-Sollen*),

---

[589] KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § 1; Id., *Derogation*, 1962, tr. it., *La derogazione*, pp. 189-206. "Cuando una norma anula la validez de otra norma, se tiene una abrogación (*derogation, Derogation*)" (p. 189); "La norma que abroga anula el deber (*the ought*), es decir, la validez de otra norma (según la cual se debe cometer u omitir un cierto acto)" (p. 190).

la inexistencia. Son, en términos que Kelsen no emplea, normas relativas a los *efectos* de otras normas, que inciden, más precisamente, sobre el ámbito temporal de validez de las normas sobre las que recaen, las cuales no son más válidas, no existen más, desde el momento en el cual las normas derogatorias entran en vigor, desplegando sus efectos.

Desde un punto de vista teórico, como Kelsen tiene el cuidado de precisar, no hay alguna dificultad para admitir la existencia de "normas inderogables", normas de las que, en un ordenamiento, se establece su inmunidad respecto de normas derogatorias posteriores. La derogación de una norma también puede ocurrir por *desuetudo*, como consecuencia de su prolongada ineficacia (inobservancia e inaplicación). Sin embargo, una norma derogatoria no puede ser más que el producto de actos de producción discrecional[590].

2. Como metanormas, normas que versan sobre la validez de otras normas, la *forma lógica* apropiada de las normas derogatorias no es la forma imperativa ni la forma deóntica ("en términos de deber"), sino una forma afirmativa del siguiente tipo: "La validez de la norma N ("Si A, debe ser B") es anulada"[591].

3. Como metanormas, normas que versan sobre la validez de otras normas, *no puede haber conflicto* entre una norma derogatoria y la norma primaria sobre la cual recae; las dos normas tienen, pues, objetos heterogéneos[592]. Una norma derogatoria puede, sin embargo, ser creada y utilizada por un órgano jurídico para resolver un conflicto entre normas de conducta.

4. Las normas derogatorias son *normas parasitarias*, "no-independientes", "no autónomas": no pueden ser válidas "en sí mismas" sino solo en relación con otras normas, de la que suprimen su validez[593].

---

590 KELSEN, H., *La derogazione*, pp.190, 193, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § I.

591 Por ejemplo: "La norma, según la cual los hombres que hayan cumplido los veintiún años deben etc., es anulada con la presente norma ("hiemit")": KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § IV.

592 KELSEN, H., *La derogazione*, pp. 193-194, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, §VI.

593 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 69; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, §I.

5. Las normas derogatorias son normas *no susceptibles de derogación*. Así como las abejas pierden la vida —dejan de existir— en el momento en que clavan el aguijón en la piel del desventurado profanador del panal, las normas derogatorias pierden su validez —dejan de existir— en el mismo momento en el que privan de validez a las normas sobre las cuales recaen. Ello, subraya Kelsen, tiene dos consecuencias relevantes: (i) habiendo ya perdido —automáticamente— su validez, ellas no pueden, a su vez, ser derogadas (una vez que hayan desplegado su efecto, las normas derogatorias no son susceptibles de derogación); (ii) la promulgación por parte del legislador de una (autoproclamada) norma derogatoria de otra norma derogatoria, al no poder (aléticamente) desplegar semejante efecto, no puede tampoco revivir la norma de conducta derogada en su momento (preclusión de la reviviscencia de la norma de conducta derogada). Por tanto, Kelsen sostiene que, desde un punto de vista teórico, una norma que, según su formulación accidental (forma gramatical), pretenda derogar una norma derogatoria y, de esta manera, "hacer revivir" la norma de conducta derogada en su momento por esta última, sería una norma "técnicamente defectuosa", cuyo efecto, bien vistas las cosas, consistiría en un *nuevo* establecimiento de la orden antes derogada con efecto, si fuera el caso, retroactivo (*ex tunc*).

Por otra parte, un legislador podría promulgar normas derogatorias con efecto diferido ("no inmediato"); en tal caso, hasta que no haya vencido el término en el que producirán sus efectos, estas normas pueden ser derogadas por normas posteriores[594].

Podríamos preguntarnos si es realmente posible ofrecer una respuesta *teórica* al problema: si las normas derogatorias son, a su vez, susceptibles de derogación y cuáles son los efectos de su eventual derogación. Podríamos razonablemente pensar que semejante problema no es teórico sino dogmático —según los casos, *de iure condito* o *de iure condendo*. Este punto de la teoría kelseniana de las normas derogatorias se presta, sin embargo, a una lectura caritativa y razonable: podría decirse que, desde su perspectiva ilustrada, desprejuiciada y desmitificadora, en este punto Kelsen propone una crítica al extendido modo de pensar de los juristas, que considera posible la derogación de la norma derogatoria y, con ello, la reviviscencia de

[594] KELSEN, H., *La derogazione*, pp.192, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, §II.

la norma derogada en su momento. ¿Qué habría de malo en pensar esto último? Aparentemente, esto: una visión mistificada, una concepción arcaica, mágico-animista y organicista del derecho, según la cual las normas pueden "retornar a la vida", una metáfora sostenida por las supersticiones de los juristas, en ausencia de normas positivas apropiadas. Contra la mística de la derogación, Kelsen parece sugerir que, en ausencia de alguna norma positiva que establezca tal efecto, las normas derogadas no reviven sino que son simplemente *reiteradas* (de ser el caso, con carácter retroactivo) por una nueva norma de conducta, emitida aquí y ahora, que restituye la situación precedente a la emisión de la norma derogatoria (de ser el caso *ex tunc*).

6. Un modo de pensar milenario, documentado, por ejemplo, en un célebre pasaje del *De republica* de Cicerón, distingue entre derogación total (*abrogatio*) y derogación parcial (*derogatio*): la derogación total tiene lugar cuando la validez de una norma es totalmente anulada; la derogación parcial, en cambio, cuando la validez de una norma es anulada solo en parte o, como se suele decir también, "limitada", "circunscrita" o "restringida" de algún modo.

Ahora bien, Kelsen sostiene que este modo de pensar es erróneo y merece ser abandonado por estar, nuevamente, relacionado con una concepción arcaica de las normas jurídicas, a las que trata como objetos materiales que pueden ser íntegramente destruidos (un palacio antiguo es demolido, dejando en su lugar una superficie de asfalto) o bien modificados (algunas puertas y ventanas del palacio son tapiadas, la torre eliminada, el jardín expropiado).

Sin embargo, las normas (jurídicas) no son objetos materiales, ni son asimilables a objetos materiales. En consecuencia, desde un punto de vista teórico desencantado (desde el punto de vista de un "conocimiento científico" del derecho positivo), derogación total y derogación parcial tienen, paradójicamente, el mismo efecto: ambas anulan *integralmente* la validez de la norma sobre la que recaen. No obstante, a diferencia de la derogación total —que es una operación simple, de eliminación de una norma—, la derogación parcial es una operación compleja: consiste en la eliminación de una norma y en la introducción de una nueva norma, que coincide solo en parte con la norma derogada, desde el punto de vista de su ámbito de validez territorial y/o personal y/o material[595].

[595] KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, §§ VIII, IX.

7. La derogación es, finalmente, una operación puramente intra o endosistemática: "puede tener lugar —sostiene Kelsen— solo dentro de un solo y mismo ordenamiento normativo". Desde el punto de vista objetivo del conocimiento científico del derecho, una norma de un hipotético sistema de derecho natural no puede anular una norma de un ordenamiento jurídico positivo, ni una norma de un ordenamiento positivo puede anular una norma de un hipotético derecho natural. Una norma jurídica positiva, sin embargo, puede establecer que las normas de un cierto (presunto) derecho natural puedan tener el efecto de anular normas de aquel ordenamiento positivo[596].

5.9. Normas interpretativas. Fragmentos de hermenéutica kelseniana

> "Pertenecen, finalmente, a las normas no autónomas también aquellas que determinan ulteriormente el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto usado en la formulación de otra norma o interpretan auténticamente una norma en algún otro modo"[597].

Normas definitorias (definiciones legales) y normas de interpretación auténtica son, al igual que las normas derogatorias, de competencia y permisivas, normas *no autónomas*: no tienen razón de ser, sea en ausencia de normas primarias en cuya formulación se aluda a los términos definidos, sea en ausencia de normas primarias cuyas disposiciones, por algún motivo, requieran una (re)interpretación autoritativa por parte de su autor.

Al tratar acerca de las normas interpretativas en la teoría de Austin, había destacado el problema —advertido por Austin— de la distinción entre normas interpretativas propiamente dichas, de un lado, y normas pseudointerpretativas, de otro. Esta distinción depende, a su vez, de la distinción entre interpretación propiamente dicha y pseudointerpretación (que, como se ha visto, juega un rol central en la hermenéutica austiniana (*supra*, cap. II, § 9.1)).

Aparentemente, esta preocupación es del todo ajena a la teoría kelseniana. Kelsen defiende, desde los años treinta, una teoría de la interpretación

---

596 KELSEN, H., *La derogazione*, p. 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § III.

597 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 71.

jurídica tan radicalmente realista, que hace parecer a las teorías sostenidas por eminentes representantes del antiformalismo continental y del realismo jurídico americano como teorías irrazonablemente cautas y, todo considerado, impregnadas aún de cognitivismo.

Estas son las ideas centrales de la teoría kelseniana de la interpretación:

1. Un arraigado modo de pensar (que antes he denominado "cognitivismo interpretativo", cap. IV) sostiene que la interpretación —llevada a cabo por cualquiera y, por tanto, también si llevada a cabo por un juez con el fin de pronunciar una sentencia, o por un jurista con el fin de sostener una conclusión dogmática— es o puede ser una actividad cognoscitiva (un "acto de conocimiento").

2. El cognitivismo interpretativo es una teoría falsa, cuya persistencia resulta motivada por la conveniencia de los juristas a creer, y a hacer creer, que mientras proveen soluciones a problemas jurídicos reales o imaginarios, estarían simplemente realizando una labor de conocimiento; estarían simplemente sacando a la luz soluciones que preexisten en el derecho positivo.

3. Una teoría —genuina y verdadera— de la interpretación no puede sino distinguir entre interpretación como acto de conocimiento ("interpretación científica", "interpretación teórica") e interpretación como "acto de voluntad" ("interpretación política").

4. La interpretación científica no puede consistir sino en el conjeturar y proyectar todos los significados que pueden ser atribuidos a una disposición (en el léxico kelseniano: a una "norma"), a la luz de los métodos interpretativos que, en cada momento, pueden ser utilizados. Sostiene Kelsen que, en el "aquí y ahora" de las organizaciones jurídicas modernas, esta operación conducirá inevitablemente a identificar una pluralidad de significados alternativos para cada disposición. Esta pluralidad de significados representa el "marco" (*Rahme*) de los significados que es posible adscribir a la disposición. Por hipótesis, desde un punto de vista puramente metodológico y cognoscitivo, cada uno de los significados del marco es un significado jurídicamente correcto.

5. La interpretación política consiste, por el contrario, en proponer y/o utilizar *uno* de los significados del marco como "el" significado jurídicamente correcto de una disposición. Esto presupone una *elección* por parte del intérprete, una decisión suya, un "acto de voluntad" suyo en favor de aquel significado y en detrimento de los otros significados en el marco. Sin

embargo, puesto que, hipotéticamente, desde un punto de vista cognoscitivo, tales significados son igualmente ordenados y son todos jurídicamente correctos, la elección a favor de uno de estos no puede sino depender que de una escala de valores adoptada por el intérprete, que no hace más que reflejar alguna exigencia de política del derecho (y normas metajurídicas), sea el intérprete consciente o no de ello.

6. Es necesario distinguir dos tipos de interpretación política: la interpretación "auténtica" (como veremos, en un sentido distinto y más amplio que el corriente) y la interpretación "no-auténtica".

La interpretación no-auténtica es la interpretación política realizada típicamente por los juristas, por los abogados, por los súbditos comunes del derecho, cuando interpretan materiales jurídicos en vista de algún fin práctico, adoptando y/o proponiendo una determinada lectura de alguna disposición como *su* interpretación correcta.

La interpretación auténtica, por el contrario, es la interpretación política llevada a cabo por órganos jurídicos en vista de la producción de normas jurídicas; en tal sentido, la interpretación auténtica —sostiene Kelsen— "crea derecho". En un ordenamiento jurídico en cuanto sistema de normas esencialmente dinámico, caracterizado por una estructura en grados (*supra* § 5.1), la interpretación auténtica es "la determinación del sentido de la norma superior aplicada", el "proceso intelectual" que acompaña la producción del derecho en el paso de un grado superior a uno inferior del ordenamiento. La producción de una ley por parte del órgano legislativo presupone la interpretación auténtica, por parte de este órgano, de las disposiciones constitucionales que regulan la función legislativa; el pronunciamiento de una sentencia por parte de un juez presupone la interpretación auténtica de las disposiciones legales pertinentes; la adopción de un acto administrativo por parte de un funcionario administrativo presupone, nuevamente, la interpretación auténtica de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes[598].

Cabe observar que Kelsen define la noción de interpretación auténtica de un modo que no presupone necesariamente la interpretación teórica o científica:

[598] Cfr. KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, cap. VIII.

"con la interpretación auténtica (es decir, la interpretación de una norma por parte del órgano jurídico que debe aplicarla) —sostiene Kelsen[599]— se puede concretar no solo una de las posibilidades reveladas por la interpretación teórica de la norma a ser aplicada; sino que también se puede producir una norma *totalmente fuera del marco* que representa la norma a ser aplicada".

Así, el intérprete auténtico podría —en tanto que *intérprete*— saltar más allá de la sombra que constituye el conjunto de significados metodológicamente posibles de las disposiciones, actuando así como árbitro absoluto del sentido de las "normas" superiores aplicadas. Se trata de una tesis que se suele atribuir al realismo interpretativo extremo ("el intérprete *crea* el significado de las disposiciones aplicadas") y se suele cuestionar su pertinencia teórica, pues eliminaría toda distinción conceptual entre "interpretación de disposiciones" y "creación (paralegislativa) de normas". Así, la noción kelseniana de interpretación auténtica no excluye que la interpretación jurídica por parte de órganos de la aplicación pueda ser, como en la escandalosa visión (para Alicia) de Humpty-Dumpty, un juego interpretativo de reinterpretación ilimitada[600].

El blanco inmediato de la teoría kelseniana de la interpretación es, como decía, el cognoscitivismo interpretativo. Kelsen lo rechaza como una falsa teoría y lo desenmascara como una ideología camuflada, como una tergiversación interesada de la real naturaleza de la interpretación doctrinal y judicial.

Sin embargo, la teoría kelseniana, golpea —quizás de modo preterintencional— también lo que se conoce como *teoría mixta* o *teoría ecléctica* de la interpretación. Según esta teoría, la interpretación judicial sería, *al menos en algunos casos*, acto de conocimiento y no acto de voluntad. Esto sucedería, en particular cuando los jueces se limiten a aplicar las disposiciones en su claro y unívoco significado lingüístico convencional. Desde la teoría de Kelsen, sin embargo, la interpretación conforme al significado convencional no es sino uno de los distintos métodos interpretativos que

599 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 387-388.

600 Cfr. CHIASSONI, P., *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, pp. 76 ss.

pueden ser utilizados por los intérpretes, al que se suele contraponer —como bien sabían, por ejemplo, Pufendorf, Leibniz, los juristas de la Escuela de la exégesis y Savigny— el método de la interpretación según la intención, —subjetiva y/o objetiva— del legislador. Por lo tanto, el juez que en una sentencia aplique una norma que constituye el sentido convencional de una disposición, además de haber realizado un simple acto de conocimiento, ha llevado a cabo un acto de voluntad consistente en privilegiar la lectura convencional a las lecturas sugeridas por diferentes criterios interpretativos, entre los cuales, los de la denominada "intención del legislador"[601].

5.10. Normas que confieren derechos

Los ordenamientos jurídicos están abarrotados de disposiciones que, desde una lectura literal, adscriben "derechos" a clases de individuos: "los hombres", "los ciudadanos", "el extranjero", "el propietario", "el testador", "el acreedor", "el deudor", "el imputado", etc.

Analizando los enunciados en los que aparece la expresión "derecho (subjetivo)" ("*subjektives Recht*", "*right*"), Kelsen llega a la conclusión de que las "normas" que adscriben derechos subjetivos no constituyen en sí mismas un tipo de normas ulteriores, desde el punto de vista funcional, respecto de las normas con función imperativa, permisiva o autorizadora. No obstante, pueden cumplir más de una función de manera conjunta, revelándose —o, más precisamente, pudiendo ser entendidas— como plurifuncionales.

A veces, los enunciados formulados en términos de "derechos" ni siquiera reenvían a normas jurídicas específicas que los adscriban. Quien, por ejemplo, afirme: "tengo derecho de consumir cuantos bistecs me parezca" podría, con dicha afirmación, solo estar invocando el simple hecho de la inexistencia de normas que le prohíban consumir (cotidianamente) más de un cierto número de bistecs. En tal caso, el presunto "derecho" consiste en una libertad de hecho, en una situación de permiso en sentido negativo (sobre la idea de una regulación negativa de los comportamientos, véase sin embargo, el § 5.6.).

---

601 Sobre este tema cfr., por ejemplo, GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, pp. 137 ss.; CHIASSONI, P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 2. He mencionado a la teoría mixta en el inicio del capítulo IV, asociándola con la obra de estudiosos como Hart y Carrió.

Un enunciado normativo que contiene el término "derecho (subjetivo)" puede también ser entendido como la afirmación de una pretensión. En tal caso, sin embargo, el enunciado en términos de "derecho" puede ser traducido, sin pérdida de significado, como un enunciado en términos de "deber". Por ejemplo, la norma: "Los trabajadores tienen derecho a una remuneración adecuada" puede ser reformulada, sin pérdida de significado, como la norma: "Los empleadores tienen el deber de corresponder a los trabajadores una remuneración adecuada"; igualmente, la norma: "El propietario tiene derecho a servirse del bien de modo pleno y exclusivo" puede ser reformulada, sin pérdida de significado, como la norma: "Todos tienen el deber de tolerar que el propietario se sirva del bien de modo pleno y exclusivo". En estos casos, "derecho" designa un "derecho-reflejo", una posición subjetiva activa que no es sino el *reflejo* de la posición subjetiva pasiva correspondiente. Así las cosas, sin embargo, las normas que adscriben derechos, en tanto que normas que adscriben *derechos-reflejos*, no son funcionalmente distinguibles de las normas en función imperativa que adscriben obligaciones o deberes jurídicos.

Tratando acerca de los derechos-reflejos, Kelsen se detiene a refutar dos líneas de pensamiento pacíficas en la jurisprudencia tradicional, destacando su falta de fundamento conceptual. Según la primera, "los derechos son más importantes que los deberes" ("los derechos, no los deberes, son los principales elementos de los ordenamientos jurídicos"). Sin embargo, referido a los derechos-reflejos, este modo de pensar es del todo insensato, si nos atenemos a la correspondencia conceptual entre derechos-reflejos y deberes. Según el segundo modo de pensar, simétrico respecto del primero, "los deberes son más importantes que los derechos" ("los deberes, no los derechos, son los elementos principales de los ordenamientos jurídicos"); prueba de ello sería que, en los ordenamientos jurídicos, hay innumerables deberes que no se corresponden con algún derecho. Sin embargo, cuando se trata de derechos-reflejos, este modo de pensar es también un sinsentido. Por ejemplo, si una norma penal sanciona el maltrato a los animales, imponiendo un deber general de no maltratarlos, es necesario concluir que, desde un punto de vista conceptual, los animales tienen en aquel ordenamiento el *derecho*-reflejo a no ser maltratados. Se trata, por lo demás, —como Kelsen tiene cuidado en subrayar—, de una situación que debe ser rigurosamente distinguida

de la titularidad de la capacidad (competencia, poder) de ejercer y/o hacer valer aquel derecho-reflejo en un juicio o en otras sedes institucionales[602].

Otras veces, un enunciado normativo que contiene el término "derecho (subjetivo)" puede referirse a la situación, determinada por una norma jurídica, en virtud de la cual alguien tiene el *poder* de recurrir para hacer valer un derecho-pretensión o derecho-reflejo en un juicio ("Todos tienen derecho de acceder a la justicia para la defensa de sus legítimos derechos e intereses"). En tal caso, el sujeto del "derecho" es titular de un "poder de participar en la producción de una norma jurídica individual, a través de una acción específica —demanda, reclamo—". En tales situaciones, la norma que adscribe un derecho subjetivo no es funcionalmente distinguible de una norma de autorización, o de competencia, que confiere, precisamente, un poder. Kelsen considera que, en presencia de estos "derechos", se puede hablar de *derechos subjetivos en sentido técnico* o *en sentido propio*, ya que se trata de poderes, normalmente concedidos a sujetos privados, en el ámbito de ordenamientos "capitalistas", caracterizados por una economía de mercado y, como se suele decir, por la santidad de la propiedad y del contrato.

Finalmente, un enunciado normativo que contiene el término "derecho (subjetivo)" puede referirse a la situación de quien haya obtenido el permiso ("concesión", "licencia"), conferido por una norma jurídica individual pertinente, de observar un comportamiento, ejercitar una actividad, etc., de otro modo prohibido ("sometido a sanción"). En tal caso, la norma que adscribe un derecho subjetivo no es funcionalmente distinguible de las normas con función permisiva; puede, además, contener "un poder jurídico en la medida que se vincula con la autorización para llevar a cabo ciertos negocios jurídicos

602 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 155: "En este análisis se ha examinado solo el derecho-reflejo. En la doctrina tradicional este tiene una función de primer plano, si bien este derecho de uno no sea más que el deber —de otro o de todos los otros— de comportarse de un cierto modo respecto del primero. Sin embargo, si se define el derecho de propiedad como el poder jurídico del propietario de excluir a todos los demás de la disposición de una cosa, no se trata más que de un simple derecho-reflejo. Un individuo detenta este poder solamente si el ordenamiento jurídico lo autoriza a hacer valer por medio de una acción judicial ante el incumplimiento del deber consistente en no impedirle disponer de una cierta cosa"; cfr., también *supra*, § 5.6.

como, por ejemplo, la venta (vinculada con una licencia de la autoridad) de bebidas alcohólicas o medicinales que contienen sustancias tóxicas"[603].

Típicamente, las constituciones contemporáneas contienen disposiciones que adscriben "derechos políticos" y "derechos y libertades fundamentales". Sin embargo, según Kelsen, desde el aspecto funcional, estas normas tampoco son distinguibles de las normas de uno de los tipos fundamentales identificados por él.

Las normas que adscriben derechos políticos son una especie de las normas que confieren poderes: adscriben el poder de participar "directamente o indirectamente" en la producción de normas generales; indirectamente, participando como electores activos en el proceso de selección de quienes ejercerán la función legislativa en un parlamento; directamente, como sujetos electos, miembros de una asamblea legislativa.

Las normas que adscriben derechos y libertades fundamentales (igualdad ante la ley, libertad de la propiedad, libertad de la persona, libertad de opinión, libertad de consciencia, libertad de asociación y de reunión, etc.) pueden ser aparentemente entendidas —aun cuando el propio Kelsen no es del todo explícito sobre este punto— de dos modos distintos, no excluyentes entre sí. Acertadamente, Kelsen advierte cómo la función inmediata de estas normas consiste en el poner límites al poder del legislador ordinario —si la constitución es una constitución rígida, que puede ser modificada solamente a través de un procedimiento agravado de revisión— y a los otros órganos competentes para producir normas (el gobierno, los funcionarios administrativos, los jueces). En cuanto tales, se podría decir que, desde un punto de vista funcional, son *normas que incapacitan* (inhabilitantes); normas que, en la terminología de Hohfeld[604], adscriben al legislador ordinario (para limitar la explicación a este órgano jurídico de capital importancia) *incapacidades* (*no-poderes*) que se corresponden con otras tantas *inmunidades* reconocidas a los súbditos. Sin embargo, ¿es la función de incapacitación algo realmente distinto y ulterior respecto de las cuatro funciones diferenciadas por Kelsen? No lo parece, al menos desde la perspectiva kelseniana. Desde su plantea-

603 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, § 29, pp. 160-161; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 33.

604 Cfr. HOHFELD, W.N. *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziale*, pp. 16-17, 31 ss.

miento, en efecto, una norma que incapacita al legislador ordinario no es sino una norma que confiere —a los jueces (a todos los jueces comunes o, si estuviera específicamente previsto, a un tribunal constitucional)— el poder de anular, al menos de modo incidental y con efecto *inter partes*, las normas de leyes inconstitucionales. Se puede, además, considerar, y este es el segundo modo de entender estas "normas", que éstas adscriben directamente a los individuos el poder de recurrir a la autoridad judicial para solicitar la anulación de las leyes inconstitucionales. Por tanto, desde ambos aspectos, las normas que confieren derechos y libertades fundamentales son, al menos, normas que confieren poderes[605].

5.11. Normas jurídicas, principios del derecho, principios morales

Desde finales de los años sesenta del siglo XX, el tema de los principios se ha convertido en uno de los temas centrales de la reflexión filosófica-jurídica occidental, como consecuencia del ataque dirigido por Ronald Dworkin, a partir de 1967, contra el "positivismo jurídico" de Herbert Hart, a quien acusa de haber reducido el derecho a un cúmulo de "reglas" emanadas por autoridades normativas, omitiendo así el reconocimiento al rol fundamental que los principios han cumplido, desde siempre, en el razonamiento judicial[606].

Kelsen trata acerca de los principios en la *Teoría general de las normas*, dedicando algunas páginas a las tesis sostenidas por Josef Esser en un libro de 1956, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio y norma en la formación judicial del derecho privado), y manteniendo una disputa virtual con este último (no me parece que Esser haya replicado las críticas de Kelsen), análoga al célebre *Hart-Dworkin debate*[607].

En declarada oposición sea a los iusnaturalistas, sea de los positivistas jurídicos de su época, Esser sostiene la tesis de la *transformación*: los principios ético-normativos, cuando son usados por órganos jurídicos durante la producción de normas de derecho, devienen, en virtud a ello, en principios

---

605 Sobre el tema cfr., en particular, KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 163-164.

606 Sobre este acontecimiento, cfr., además, § 9.

607 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 28.

de derecho positivo[608]. La tesis sería antiiusnaturalista, ya que los autores del derecho natural sostienen que los principios morales (de la justa o recta moral) serían, en cuanto tales, *ya parte* del derecho positivo, *antes* de, e *independientemente* de, específicos actos de aplicación por los órganos de producción jurídica. La tesis, sin embargo, sería, a la vez, *antipositivista,* ya que los autores del positivismo jurídico niegan que la utilización de un principio moral por parte de un órgano de producción jurídica pueda tener el efecto de transformar aquel principio en un principio jurídico. En efecto, para ellos, moral y derecho son ordenamientos separados.

Contra Esser, a quien acusa de iusnaturalismo encubierto, Kelsen mantiene firme la posición positivista, principalmente sobre la base del siguiente argumento: la tesis de la transformación no tiene en cuenta la estructura dinámica y el modo real de funcionamiento de los ordenamientos jurídicos positivos.

La norma —general o individual— cuyo contenido refleja el contenido de un principio moral es una norma *jurídica*, no ya *ratione materiae*, es decir, en razón de su contenido, que por hipótesis es un contenido copiado de un principio moral, sino *ratione auctoritatis*, es decir, en razón de una norma de competencia que confiere al legislador o al juez el poder de producir normas, de ser el caso, copiando el contenido de tales normas, de normas extrajurídicas como los principios morales.

Así las cosas, sostiene Kelsen, la tesis de la transformación parece una superfetación. Es una tesis que ofrece una representación forzada de las relaciones entre producción de normas jurídicas y principios morales, pretendiendo reconocer una transformación (o, más precisamente, una transustanciación) ahí donde, desde un punto de vista empírico, no pueden registrarse más que simples episodios de influencia e intercambio de conte-

608 La precisión "positivistas jurídicos de *su tiempo*" es absolutamente necesaria. Una corriente del positivismo jurídico desarrollada en la cultura angloamericana a partir de los finales años setenta e inicios de los años ochenta, el denominado "positivismo inclusivo" ("o positivismo blando"), sostiene precisamente, al menos en su versión estándar, la tesis de la transformación, etiquetándola, sin embargo, como "tesis de la incorporación". Sobre el tema, véase, por ejemplo, CHIASSONI, P. *El placer discreto del positivismo jurídico*, cap. I, §§ 8-9.

nidos[609]. Se trataría, además, de un forzamiento cuya razón de ser —sugiere Kelsen— no puede tener carácter teórico-cognoscitivo sino ético-normativo y jurídico-político. Pues se funda, viéndolo bien, sobre una idea de matriz iusnaturalista según la cual los principios morales estarían dotados de la mágica capacidad de transformarse en principios jurídicos, en cuanto se les incluya en alguna decisión nomotética de algún órgano jurídico.

5.12. La teoría kelseniana de la validez

Las normas jurídicas existen si, y solo si, son válidas; la validez (*Geltung*) es, para Kelsen, "la existencia específica de las normas". Una norma válida es una norma que —según su función y su contenido— *debe* ser observada, aplicada, utilizada por sus destinatarios —donde, nuevamente, el término "deber" es entendido en la acepción genérica y más amplia del sentido ordinario, antes recordada[610].

En aras de facilitar su comprensión, puede decirse que el núcleo de la teoría kelseniana de la validez está constituido por dos distinciones. La primera es la distinción —que Kelsen no traza en estos términos— entre las normas *originarias* de la primera constitución material histórica (que regulan la producción de las normas generales) y las otras normas, *no-originarias* o

---

609 Una posición análoga es sostenida por Herbert Hart, quien incluso se autoproclama "positivista blando" en relación con la tesis de la incorporación. Cfr. HART, H.L.A. *Postscript*, pp. 250-254; CHIASSONI, P. *El placer discreto del positivismo jurídico*, § 8.3.

610 KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 1, § V; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 19, 33, 57 ss., 217 ss. "el hecho de que una norma referida al comportamiento de un hombre "sea válida" significa que esta es *vinculante*, que el hombre *se debe comportar* en el modo previsto por la norma" (p. 217). Por otra parte, en el ensayo póstumo, *Geltung und Wirksamkeit des Rechts*, tr. es., *Validez y eficacia del derecho*, pp. 49-74, Kelsen admite que, al usar la palabra "deber" para referirse "a las diversas funciones normativas de la norma jurídica" se aleja "demasiado del uso común del lenguaje" (p. 58, nota 6). Defienden la teoría kelseniana, contra los ataques de una vasta literatura crítica, BOBBIO, N., *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, 1954, en Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, pp. 15-39; BARBERIS, M., *Una critica realista a Kelsen. In margine ad un saggio di Enrico Pattaro*, pp. 215-232; COMANDUCCI, P., *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 139-158; CELANO, B., *Validity as Disquotation*, pp. 35-78.

derivadas, de un ordenamiento jurídico. La segunda es la distinción entre las "condiciones" y el "fundamento" de la validez de una norma jurídica.

Las *condiciones* de la validez de una norma jurídica, originaria o no-originaria, pertenecen al mundo de los hechos, de la experiencia, del "ser" (*Sein*).

Una norma jurídica *no-originaria* es *válida —debida, obligatoria, vigente, vinculante— en* un ordenamiento y *para* aquel ordenamiento, bajo las siguientes *condiciones*:

(1) Que haya sido producida de conformidad con las *normas de competencia* de un ordenamiento jurídico en su conjunto eficaz (*condición de positividad* o *legítimo establecimiento*);

(2) Que concierna a un comportamiento posible: no necesario ni imposible (*condición de posibilidad del comportamiento regulado*);

(3) Que no haya sido ineficaz de manera duradera (*condición de no-desuetudo*) o que no haya perdido la posibilidad de ser eficaz (*condición de no-imposibilidad sobrevenida del comportamiento regulado*);

(4) Que, habiendo satisfecho las dos condiciones precedentes (no-desuetudo y no-imposibilidad sobrevenida), no haya sido anulada por otra norma, directamente (norma derogatoria) o con base en algún criterio de resolución de los conflictos normativos (*condición de no-derogación*)[611].

Las condiciones de la validez de las normas *originarias*, por el contrario, consisten:

(1) En el *efectivo establecimiento*, es decir, en haber sido *puestas* mediante un *acto* o un *hecho* de producción originario como, por ejemplo, la adopción de una carta constitucional (como se le denomine) por parte de un poder constituyente revolucionario (una asamblea constituyente, un directorio, un comité de salud pública, una junta militar, un monarca absoluto) o el haberse producido mediante una costumbre constitucional (*condición de positividad*);

[611] KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, caps. 27, 34, §§ II, III; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 217 ss.

(2) En la *perdurable eficacia* ante las eventualidades de la supresión revolucionaria, de la ineficacia prolongada (*desuetudo*) o de la derogación (*condición de eficacia*).

El *fundamento* de la validez de una norma no-originaria pertenece, por el contrario, al mundo del *deber* (*Sollen*); en efecto, consiste en la validez (obligatoriedad, fuerza vinculante) de alguna otra norma, válida a su vez en virtud de la validez de alguna otra norma, y así sucesivamente, hasta llegar a la validez de las normas positivas supremas: las normas originarias de la primera constitución histórica de un ordenamiento[612].

La validez de las normas originarias es, sin embargo, una validez *presupuesta, ficticia*; depende, como se ha visto (§ 3.4), de la validez de la norma fundamental, que es una norma no positiva sino pensada —y ficticia— que representa la constitución en sentido "lógico-jurídico" de un ordenamiento jurídico, el fundamento en sentido "lógico-trascendental" de su validez.

Ello, sin embargo, con una precisión. La norma fundamental de un ordenamiento jurídico *estatal* es una norma presupuesta, ficticia, si y solo si: (*a*) se considera aquel ordenamiento aisladamente, haciendo abstracción de la existencia de otros ordenamientos estatales y del derecho internacional; o bien, (*b*) se asume la posición —hoy casi desaparecida en la doctrina internacionalista— según la cual el derecho internacional sería *parte* del derecho estatal (*monismo estatalista*). Si, por el contrario, se asume que los

612 KELSEN, H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 116: "A la pregunta del por qué un cierto acto coercitivo —por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro individuo de su libertad poniéndolo en prisión— sea un acto jurídico, se responde: porque ello ha sido prescrito por una norma individual, por una sentencia judicial. A la pregunta del por qué esta norma individual es válida como parte de un ordenamiento jurídico determinado, se responde: por que ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, finalmente, obtiene su validez de la constitución, al haber sido emitida por el órgano competente en el modo prescrito por la constitución. Si preguntamos por qué la constitución es válida, quizás nos remontemos a una constitución más antigua. Por último, arribamos a una constitución que es históricamente la primera, que fue dada por un usurpador individual o por alguna asamblea. La validez de esta primera constitución es el presupuesto último, el postulado final, del cual depende la validez de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico". Pasajes similares se encuentran en Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 216 ss.; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. V.

ordenamientos jurídicos estatales están subordinados al derecho internacional, que son parte suya, y que forman con él un ordenamiento jurídico unitario (*monismo internacionalista*), entonces la norma fundamental de un ordenamiento jurídico estatal es una *norma positiva* de derecho internacional positivo. Se trata, en concreto, de la norma —conocida como "principio de efectividad"— según la cual se deben considerar válidas las normas producidas de conformidad con la constitución de un ordenamiento jurídico estatal, eficaz en conjunto, ya que sus normas son observadas en conjunto o hechas observar coactivamente en la porción de superficie terrestre que, a la luz del derecho internacional, constituye el ámbito territorial de validez de aquel ordenamiento estatal[613].

Sin embargo, adoptar esta perspectiva del derecho internacional como ordenamiento supraordenado respecto de los ordenamientos estatales no disminuye la exigencia de *presuponer* una norma fundamental, como norma ficticia, no ya para un ordenamiento estatal sino para el propio ordenamiento internacional.

¿Por qué (por cual *razón*) se debe obedecer a las normas del derecho positivo italiano? ¿Por qué tales normas serían *objetivamente válidas*, desde un punto de vista *jurídico* (y, más precisamente, desde el punto de vista de un conocimiento científico dirigido al derecho positivo)?

Porque —respondería Kelsen— el derecho positivo italiano es un ordenamiento estatal eficaz como conjunto; por tanto, en virtud del principio de efectividad, si se está en Italia o en otros lugares sometidos a la soberanía italiana, es debido comportarse como lo prescribe el derecho italiano (la primera constitución histórica italiana y las otras normas producidas por las autoridades autorizadas por ella).

Sin embargo, ¿por qué se debe observar el principio de efectividad? ¿Por qué dicho principio sería *objetivamente válido*, desde un punto de vista *jurídico*?

Porque —respondería Kelsen— el principio de efectividad es una norma de derecho consuetudinario internacional.

---

613 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 244-245, además, sobre las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional, todo el capítulo VII; Id., *Principles of International Law*, pp. 314, 408 ss., 417 s.

Sin embargo, ¿por qué se deben observar las normas del derecho consuetudinario internacional? ¿Por qué tales normas serían *objetivamente válidas*, desde un punto de vista *jurídico*?

Porque —respondería Kelsen— tales normas son en conjunto eficaces y, por tanto, se puede presuponer, para fines cognoscitivos, la norma según la cual es debido comportarse tal como lo prescriben las costumbres internacionales. Esta última norma —aunque en una formulación muy simplificada— es la norma fundamental del derecho internacional; una norma no puesta sino presupuesta, ficticia[614].

En el léxico de la dogmática jurídica y de la teoría general del derecho, de las normas jurídicas se suele predicar, según las circunstancias, la "validez", "la existencia", "la efectividad", "la eficacia", "el vigor", "la pertenencia a un ordenamiento jurídico", "la conformidad con las normas sobre la producción jurídica", "la aplicabilidad en un ordenamiento jurídico", "la obligatoriedad jurídica", "la obligatoriedad moral" (ético-normativa, axiológica), "la legitimidad", por mencionar algunos de los predicados más recurrentes. Resulta útil, por tanto, ofrecer un breve análisis del sentido que tales predicados tienen en la teoría de la validez de Kelsen, destacando las relaciones conceptuales que median entre ellos.

Validez, existencia, obligatoriedad jurídica, vigor, fuerza vinculante. Kelsen instituye, como se ha visto, una equivalencia entre "existencia", "validez", "obligatoriedad", "vigor", "fuerza vinculante". Desde su punto de vista, afirmar: "La norma N es válida en el ordenamiento jurídico OJ" equivale a afirmar que tal norma existe en OJ, es obligatoria, vigente, vinculante; debemos comportarnos según lo que prescribe, lo que quiere decir que, según su contenido, ella "debe" ser observada, utilizada, aplicada. Nótese, por tanto, que la validez-obligatoriedad de una norma, tal como la entiende Kelsen, es una noción genérica que incluye una pluralidad de nociones

614 KELSEN, H., *Principles of International Law*, p. 314: "What however, is the reason for the validity of customary international law? Why has a rule of customary international law binding force? The binding force of customary international law rests in the last resort on a fundamental assumption: on the hypothesis that international custom is a law-creating fact. This hypothesis may be called the basic norm. It is not a norm of positive law; it is not created by acts of will of human beings; it is presupposed by the jurists interpreting legally the conduct of states".

específicas. Entre ellas es necesario distinguir, en concreto, las siguientes: la *validez-obligatoriedad en sentido estricto*, la *validez-empleabilidad*, y la *validez-aplicabilidad*.

En un ensayo de 1981, *Time and Validity* (Tiempo y validez), Eugenio Bulygin introdujo expresamente la noción de *validez-aplicabilidad*, definiéndola del siguiente modo: una norma N es válida-aplicable en un ordenamiento OJ, si, y solo si, existe en OJ otra norma según la cual N debe ser aplicada. Bulygin sostiene que se trataría de una noción de validez *descriptiva* —al igual que la noción de *validez-pertenencia*— y que, por ello, debe ser rigurosamente distinguida de la noción de *validez-obligatoriedad* que, por el contrario, es una noción *normativa*, que pertenece a la dimensión práctica de la valoración e implica la toma de una posición moral en relación con el derecho[615].

En un ensayo de 1961, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (La validez y el conflicto entre positivismo jurídico y derecho natural), Alf Ross sostiene que la noción kelseniana de validez sería una noción *normativa*, moralmente comprometida. De modo que Kelsen sería un exponente, "sin saberlo" (*malgré lui*), de un "casi positivismo" que desemboca en el "iusnaturalismo", en una doctrina iusnaturalista de la obediencia al derecho.

Aparentemente, sin embargo, no hay razón para aceptar la tesis de Ross, atendiendo al cuidado con el cual Kelsen siempre ha insistido sobre el carácter (inicialmente) *hipotético*, (posteriormente) *ficticio*, (pero siempre y en todo caso) *epistemológico* del fundamento de la validez-obligatoriedad de las normas de los ordenamientos jurídicos positivos[616]. Se puede sostener, además, que la noción de validez-aplicabilidad, tal como la entiende Bulygin, no es extraña a la teoría pura del derecho. En efecto, en la teoría de Kelsen, bien vistas las cosas y en definitiva, la metanorma a la que se refiere Bulygin está constituida por la norma fundamental del ordenamiento jurídico en

---

615 BULYGIN, E., *Time and Validity*, 1981, tr. it., *Tempo e validità*, pp. 65-88; "Si existe una norma N_{ii} que prescribe el deber de obedecer y aplicar otra norma N_i en un caso determinado, entonces se puede decir que N_i es válida en el sentido que debe ser obedecida y aplicada conforme a N_{ii}" (p. 66).

616 Para una reciente defensa de la teoría de Kelsen respecto de las críticas de Ross, cfr. CHIASSONI, P. *Luci e ombre nella Realistic Jurisprudence di Alf Ross*, pp. 334 ss.

cuestión —que, al menos en relación con los ordenamientos estatales, es una norma de derecho positivo—.

Validez, efectividad. En lo que concierne a las relaciones entre "validez" y "efectividad", Kelsen las configura, como se ha señalado, en los siguientes términos: validez y efectividad son cosas distintas; la efectividad —en el sentido de *positividad, legítimo establecimiento, efectivo establecimiento*— es una de las *condiciones* de la validez-obligatoriedad de una norma, sea ésta originaria o no-originaria.

Validez, eficacia. Consideraciones análogas pueden hacerse acerca de las relaciones entre "validez" y "eficacia". En la teoría pura, la validez de una norma está, además, *condicionada* por la eficacia, de dos modos distintos aunque vinculados entre sí.

Por un lado, el fundamento último de la validez de cualquier norma de un ordenamiento jurídico —la norma fundamental y, en particular, su presuposición— depende de la eficacia en su conjunto del ordenamiento: del hecho de que las normas de aquel ordenamiento sean, en su conjunto, observadas, utilizadas, aplicadas. Si, por tanto, tal ordenamiento deviene en conjunto ineficaz, todas sus normas dejan de ser válidas, pierden su validez.

Por el otro, una norma individualmente tomada de un ordenamiento en conjunto eficaz deja de ser válida, como se ha visto antes, si se revela como ineficaz de manera duradera (*desuetudo*), o bien pierda la posibilidad empírica de ser eficaz (imposibilidad del comportamiento regulado).

Validez, legitimidad. En la teoría de Kelsen, "validez" y "legitimidad" (*Legitimität, legitimacy*), en cuanto predicados de normas, designan propiedades distintas, aunque vinculadas.

> "[Las normas de un ordenamiento jurídico estatal] son válidas *si han sido establecidas*, y dejan de ser válidas *si han sido abolidas, según el modo determinado, en definitiva, por la primera constitución*. Este es el *principio de legitimidad*"[617]. (Cursivas agregadas).

En otros términos, el principio de legitimidad prescribe que la producción y la eliminación de una norma deben ocurrir de *conformidad* con las *normas sobre la producción jurídica* (entendidas en un sentido lato). El

---

617 KELSEN, H., *Principles of International Law*, p. 412; cfr., también, Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 118-119; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 236.

principio de legitimidad, como se puede notar, contiene y resume *dos* de las condiciones de validez de una norma no-originaria antes mencionada: la condición, que podríamos decir *constitutiva*, de *legítimo establecimiento* (o condición de *positividad*) y, la condición, que podríamos denominar *de disolución*, de *legítima derogación*.

Desde el punto de vista del principio de legitimidad, una norma es *legítima* respecto de un ordenamiento jurídico si, y solo si, ha sido establecida de modo conforme a las normas superiores que regulan su producción, desde el punto de vista del órgano competente, del procedimiento, del contenido. Sin embargo, la legitimidad no se predica solamente de normas sino también de los actos de producción y de eliminación de normas.

Cabe notar que lo que Kelsen denomina "legitimidad" (en cuanto propiedad de normas) corresponde, grosso modo, a lo que otros teóricos del derecho proponen llamar "validez". Riccardo Guastini, por ejemplo, centra su teoría de la validez de las normas jurídicas en la distinción entre *validez* y *existencia*. Una norma *existente* en un ordenamiento es una norma que *pertenece* al ordenamiento. Sin embargo, no todas las normas que pertenecen a un ordenamiento son normas *válidas* (en el sentido estipulado por Guastini). Una norma es *válida* si, y solo si, "ha sido creada observando *todas* las *normas y metanormas —formales y sustanciales—* que regulan su creación y circunscriben su posible contenido". Es necesario, por tanto, distinguir las normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico en tres conjuntos: el conjunto de las normas *ni válidas ni inválidas* —las normas originarias de la primera constitución histórica, cuya existencia y pertenencia depende de la aceptación general y de la observancia por parte de sus destinatarios ("principio de efectividad"), las cuales no son ni válidas ni inválidas, siendo ellas mismas la medida de la validez o invalidez de todas las otras normas del ordenamiento—; el conjunto de las *normas válidas*, en el sentido apenas aclarado; el conjunto, finalmente, de las *normas inválidas*: normas que son, en concreto, *parcialmente válidas* (o *parcialmente inválidas*), en tanto que creadas "de conformidad (no a todas sino solo) con *algunas* de las normas que regulan su creación", en particular, de conformidad con las normas relativas a los órganos competentes y al procedimiento[618].

---

618 GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, pp. 101 ss.; GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, pp. 245 ss.; cfr., además, BULYGIN, E., *Validità e positivismo. Un'anti-*

Validez, pertenencia. En la teoría pura del derecho, "validez" y "pertenencia" designan, por igual, distintas propiedades de las normas jurídicas:

> "Todas estas normas jurídicas *pertenecen* a un mismo ordenamiento jurídico *ya que* es posible remontar su validez —directamente o indirectamente— hasta la primera constitución"[619].

En la teoría de Bulygin, la pertenencia coincide con la validez; más precisamente, coincide con uno de los tres conceptos de validez de una norma: la validez-pertenencia, que, como fuera visto, Bulygin distingue de la validez-aplicabilidad y de la validez-obligatoriedad.

En la teoría de Guastini, la validez de una norma (en el sentido de conformidad a todas las normas superiores que regulan su producción) es —como hemos visto recién— *condición no necesaria* pero *suficiente* de la pertenencia de una norma a un ordenamiento. Pues pertenecen a un ordenamiento, existen en él, también las normas ni válidas, ni inválidas, y las normas inválidas, hasta que sean aplicables (no sean anuladas).

En la teoría de Kelsen, en cambio, la validez(-obligatoriedad) de una norma es *indicio concluyente* de su *legitimidad* y, por ende, de su *pertenencia* a un ordenamiento jurídico. Si una norma es válida ("debe" ser observada, utilizada, aplicada) a la luz de las normas superiores, y, en definitiva, de la primera constitución y de la norma fundamental presupuesta, entonces cabe concluir que tal norma sea legítima ("válida" en el sentido de Guastini) y *pertenezca* al ordenamiento[620].

Cabe notar que, al configurar la pertenencia a un ordenamiento jurídico de este modo, Kelsen ofrece una solución distinta de aquella propuesta, por

---

nomia nella dottrina pura del diritto, en Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, pp. 200 ss.; NINO, C.S., *La validez del derecho*, caps. I y II.

619 KELSEN, H., *Principles of International Law*, p. 412.

620 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 235: "Si una norma de grado inferior es considerada válida, debe ser considerada conforme a una norma de grado superior"; p. 300: "El hecho de que el ordenamiento jurídico atribuya fuerza de cosa juzgada a una sentencia pronunciada en última instancia, *significa* que es válida (*in Geltung steht*) no solo una norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el mismo tribunal puede determinar el contenido de las normas individuales que debe producir" (cursiva agregada, ndr); pp. 303 ss.

ejemplo, por Guastini, para el mismo problema teórico: el problema del modo correcto de entender —desde un punto de vista cognoscitivo— el fenómeno de las denominadas normas irregulares o "normas contrarias a las normas", como, por ejemplo, las leyes inconstitucionales, los reglamentos ilegítimos, las sentencias contrarias a la ley, etc.

Para Guastini, como se ha visto, las normas irregulares son normas *inválidas*; sin embargo, en virtud de su *parcial validez*, *pertenecen* al ordenamiento jurídico —*existen* en el ordenamiento jurídico— hasta que no sean eliminadas (anuladas) como resultado de procedimientos idóneos[621]. Sugiere Guastini que la pertenencia de las normas irregulares (parcialmente inválidas) a un ordenamiento se comprobaría, en particular, por el hecho de que tales normas, hasta que no medie un acto de anulación, pueden (Kelsen diría "deben") ser aplicadas "incluso por largo tiempo [...] por jueces y funcionarios administrativos"[622]. En conclusión, distinguiendo entre pertenencia-existencia, validez y aplicabilidad de una norma, Guastini no tiene problema alguno para admitir que en un ordenamiento pueda haber normas inválidas y, sin embargo, aplicables. A la misma conclusión llega Bulygin.

Kelsen, en cambio, llega, paradójicamente, a la conclusión opuesta: rechaza la opinión tradicional según la cual en los ordenamientos jurídicos positivos puede haber verdaderamente normas irregulares, es decir, normas contrarias a las normas. Considera, pues, que la idea de que una norma válida pueda ser, al mismo tiempo, "contraria a la norma" o "contraria al derecho", sea un sinsentido teórico ("una contradicción en términos"), que compromete el carácter unitario del sistema de normas, y la posibilidad de describir a un ordenamiento jurídico como un todo coherente[623]. Llega así a sostener que, si una norma es jurídicamente valida (si "debe" ser observada, utilizada, aplicada), entonces dicha norma no puede ser sino legítima, es decir, conforme con las normas superiores que regulan su producción: la legitimidad es, pues, condición *necesaria* de válidez y, por tanto, si hay

621 Por ejemplo, mediante con un pronunciamiento de acogimiento de la Corte constitucional, una declaración de ilegitimidad por parte del Consejo de Estado, la anulación por parte de la Corte suprema de casación, etc.

622 GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, p. 103.

623 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 298, 308.

validez, debe necesariamente haber legitimidad. En suma, si una norma es válida, es necesariamente legítima (cualquier sea su contenido), y por ende pertenece al ordenamiento.

El aspecto peculiar de la teoría de Kelsen es que, si una norma es válida, su legitimidad puede depender, *o bien* de su conformidad con las normas superiores que regulan su producción, *o bien* de su conformidad con una "cláusula alternativa tácita" que, desde un punto de vista científico, es menester identificar como parte implícita de dichas normas superiores, en aras de proporcionar una representación realista, verdadera, de cómo funcionan los ordenamientos jurídicos. Supongamos que un juez dicte, en una sentencia, una norma individual válida, cuyo contenido puede estimarse "contrario a ley". Según Kelsen, dicha contrariedad es, sin embargo, solo aparente. Desde un punto de vista científico, en efecto, la norma de competencia, con base en la que el juez ha sentenciado, es no ya: "Al decidir las controversias, el juez debe aplicar la ley", sino: "Al decidir las controversias, el juez debe aplicar la ley *o* debe conferir a su decisión el contenido que determinará". Y consideraciones análogas valen para las denominadas leyes inconstitucionales[624].

---

624 KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, pp. 298 ss.: "El hecho de que el ordenamiento jurídico atribuya fuerza de cosa juzgada a una sentencia pronunciada en última instancia significa que está en vigor, no solamente una norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general con base en la cual el tribunal puede determinar, él mismo, el contenido de las normas individuales que debe producir [...] Pero también el hecho de que la sentencia del tribunal de primera instancia (y aquella de cada tribunal que no sea de última instancia) sea, según las disposiciones del ordenamiento jurídico, solamente anulable, es decir, que sea válida hasta el momento en que sea anulada por un tribunal superior, significa que tales órganos están autorizados por el ordenamiento jurídico para producir o una norma individual, cuyo contenido está predeterminado por la norma jurídica general, o una norma jurídica individual, cuyo contenido no es predeterminado sino debe ser determinado por estos mismos órganos" (p. 300); "Las denominadas leyes "inconstitucionales" son leyes constitucionales pero, sin embargo, anulables mediante un procedimiento particular. También en estos casos las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen aquel carácter de alternativa que ha sido ya ilustrado y, por lo tanto, el órgano legislativo tiene que elegir entre dos vías: la vía directamente determinada por la constitución y la

La tesis de la cláusula alternativa tácita ha sido rechazada como un error teórico ruinoso, que destruiría el edificio entero de la teoría pura del derecho, haciéndolo caer como un castillo de naipes[625].

Considero que tales críticas dependen, en definitiva, de una lectura no caritativa de la teoría kelseniana[626]. La tesis de la cláusula alternativa tácita representa un modo, no autodestructivo para la teoría kelseniana, de dar cuenta del fenómeno de las normas irregulares, que consiste, como hemos visto, en sostener su *objetiva insubsistencia* desde el punto de vista de un conocimiento genuinamente científico del derecho.

Sin embargo, cabe advertir que se trata de una posición algo discutible. La tesis de que las normas de competencia esconden una cláusula alternativa tácita presenta, pues, tres inconvenientes que es necesario destacar:

En primer lugar, se trata de una tesis fuertemente paradójica y contra-intuitiva, muy alejada, sea del común sentir de los operadores prácticos del derecho, sea, como se ha visto, de las opiniones meditadas de los filósofos del derecho (Bulygin, Guastini).

En segundo lugar, si se la acepta como tesis teóricamente fundada, entonces es necesario aceptar como teóricamente fundada también la tesis según la cual los ordenamientos jurídicos que nos resultan familiares, más allá de lo que "dicen" sus normas, adscribirían a los órganos de aplicación (legisladores, jueces constitucionales, jueces comunes) un poder nomotético casi ilimitado, contrapesado únicamente con la eventualidad de la anulación de la norma inferior adoptada bajo la coraza de la cláusula alternativa tácita. En virtud a ello, Kelsen puede ser acusado —no sin fundamento— de transformar el derecho en el juego de la discrecionalidad absoluta de los decisores (últimos).

En tercer lugar, y finalmente, la tesis de la cláusula alternativa tácita se presta, *malgré* Kelsen, para un uso político peligroso: al menos para los partidarios del "gobierno de las leyes" y enemigos del "gobierno de los

---

vía que debe ser determinada por el propio órgano legislativo" (p. 305); KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, cap. 29, § III; cfr., también *supra*, §§ 3.2-3.4.

625 Cfr. BULYGIN, E., *Cognition and Interpretation of Law*, pp. 11-35; sobre esto COMANDUCCI, P., *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 139-158; GIANFORMAGGIO, L., *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause*, pp. 257-273.

626 Cfr. COMANDUCCI, P., *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, cit.

hombres". Se presta, en efecto, para ser utilizada por los juristas como tesis dogmática *de iure condito*, a la luz de la cual *cualquier decisión* de los órganos jurídicos *debe considerarse legítima*, y su eventual anulación por parte de otros órganos resulta ser simplemente una movida en un juego que es, esencialmente, un juego de poder. De este modo, la tesis de la cláusula alternativa tácita favorece una ideología radicalmente realista del derecho, en cuyo cielo resuenan las palabras que Humpty Dumpty dirige a la indignada Alicia: "[Todo] depende de quién manda".

Ante estos inconvenientes, no sorprende que teorías alternativas de las normas irregulares, como las anteriormente mencionadas, sean consideradas preferibles.

Validez jurídica, obligatoriedad moral. Desde el punto de vista de Kelsen, la validez jurídica de una norma, su obligatoriedad según un ordenamiento jurídico positivo, no debe ser confundida en modo alguno con su (eventual) obligatoriedad *moral*. Esta última depende, en definitiva, de la bondad o justicia moral de la norma, en sí misma considerada, o bien del ordenamiento jurídico al que pertenece. Un ordenamiento jurídico es moralmente bueno o justo si su constitución (con las normas producidas conforme a ella) es buena o justa; más precisamente, si resulta conforme con los principios de la justa o recta moral —o, mejor aún, de la moral *asumida como* justa o recta. Si, desde un punto de vista moral, alguien pregunta por qué debemos comportarnos como lo prescribe la constitución *C* (y las normas que se derivan de ella), la respuesta será, invariablemente, que se debe observar la constitución *C* porque es una constitución justa, en tanto que conforme con los preceptos de la verdadera Divinidad, los mandatos de la Naturaleza, los principios del liberalismo político, los principios del socialismo, etc. Como es obvio, estas respuestas no pueden sino provocar una pregunta ulterior: ¿por qué se debería obedecer los preceptos de la verdadera Divinidad, o bien los mandatos de la Naturaleza, o bien los principios del liberalismo político, o bien los principios del socialismo, etc.? La respuesta, según la cual se trataría de preceptos *evidentemente* justos, buenos y vinculantes, peca de circularidad. Corresponde, por tanto, a cada individuo, mediante un acto de aceptación (o, en términos kelsenianos, de "reconocimiento"), *establecer* para sí mismo cuál sea la norma moral fundamental que justifica la obligatoriedad de ciertos principios morales e, indirectamente, la obligatoriedad moral de la constitución y de las normas de un ordenamiento

jurídico positivo conformes a ella. En conclusión, la teoría kelseniana de la validez de las normas jurídicas parece revelarse útil para acreditar una tesis que puede parecer sorprendente: la necesidad *lógica* de la autonomía moral.

¿Por qué la validez-obligatoriedad? Llegados al final de esta rápida exposición de algunos aspectos de la teoría pura del derecho, espontáneamente surge la pregunta de por qué motivo Kelsen puso, en el centro de su teoría del derecho positivo, la noción de validez como obligatoriedad (fuerza vinculante) jurídica.

Aparentemente, sobre dicha elección habría pesado el contexto, constituido por la doctrina jurídica —publicista e internacionalista— del tiempo en el que se sitúa la formación académica de Kelsen, en la primera década del siglo XX. Kelsen identifica el objetivo de las investigaciones doctrinales en la (re)construcción (primeras dos fases), o bien en la descripción (tercera y cuarta fase), de las normas jurídicas *válidas*: de las normas obligatorias-utilizables-aplicables en, y para, determinados ordenamientos jurídicos positivos. La noción de validez como obligatoriedad le resulta así una noción imprescindible, de capital importancia teórica. Al mismo tiempo, Kelsen advierte que, en su aproximación al derecho positivo como "positivistas", los juristas habían rechazado "reconducir la validez" de las normas positivas "a una norma superior metajurídica [...] establecida por una autoridad supra ordenada a la autoridad jurídica"; de ahí la exigencia de encontrar un fundamento puramente hipotético, ficticio, para la validez de las normas jurídicas positivas, constituido por la norma fundamental.

Por otra parte, con la introducción de la norma fundamental como norma hipotética o ficticia, Kelsen quiso exorcizar el peligro de compromiso ideológico ínsito en la noción positivista tradicional de validez-obligatoriedad. Era en efecto fácil deslizarse inadvertidamente, desde una noción rigurosamente descriptiva de la validez-obligatoriedad, conforme al ideal de la pureza como neutralidad valorativa, hasta una noción axiológicamente comprometida de la validez-obligatoriedad, asociada con formas más o menos veladas de "estadolatría", de modo que una norma jurídica *válida* sería tal, *ipso facto*, no solo jurídicamente, sino incluso moralmente; no solamente sobre el plano cognoscitivo de la descripción de un ordenamiento, sino también sobre el plano práctico de la adhesión moral a aquel ordenamiento. Ahora bien, la idea de la norma fundamental, como fundamento lógico-trascendental de la validez(-obligatoriedad) de las normas jurídicas

positivas desde un punto de vista rigurosamente científico, sirve para alejar este peligro. En particular, sirve para impedir que la teoría positivista del derecho (el "positivismo teórico", o positivismo como *teoría* del derecho positivo) sea sometida al denominado "positivismo ideológico" (el positivismo como *ideología* del derecho positivo): que se confunda, en la percepción de los juristas menos advertidos o interesados, con aquella doctrina moral de la obligación política, según la cual las *normas jurídicas* son normas que, moralmente, *deben* ser obedecidas y aplicadas, no ya en tanto que legitimadas por alguna instancia metafísica (como es sostenido por los iusnaturalistas), sino en tanto que normas *jurídicas*, es decir, en tanto que normas producidas por órganos jurídicos (estatales) y pertenecientes a ordenamientos jurídicos (estatales), y *solo* por estos hechos[627].

[627] KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, p. 231; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 99: "Con la formulación de la norma fundamental la doctrina pura del derecho no quiere, en absoluto, inaugurar un nuevo método científico de la ciencia jurídica. Ella solo quiere hacer tomar conciencia de lo que todos los juristas hacen, a menudo inconscientemente cuando, al comprender su objeto, rechazan un derecho natural del cual podría ser deducida la validez del ordenamiento jurídico positivo, pero entienden, sin embargo, este derecho positivo como un ordenamiento valido, no ya como realidad psicológica, sino como norma".

Capítulo VI: El realismo radical de la teoría pura del Derecho

"In diesem Sinne, hat der Reine Rechtslehre eine
ausgesprochen antiideologische Tendenz [...]
Sie will das Recht darstellen, so wie es ist, nicht so, wie es sein soll:
sie fragt nach dem wirklichen und möglichen,
nicht nach dem "idealen", "richtigen" Recht.
Sie ist in diesem Sinne eine radikale realistische Rechtstheorie"

H. Kelsen, Reine Rechtslehre[628]

Sumario: *1. Una teoría enigmática.– 2. El realismo radical de la teoría pura del derecho: el argumento a grandes rasgos.– 2.1. El realismo jurídico en pocas palabras.– 2.2. La teoría pura del derecho como filosofía iusrealista.– 3. El realismo radical de la teoría pura del derecho: el argumento en detalle.– 3.1. "Ciencia jurídica".– 3.2. El realismo de la epistemología jurídica pura.– 4. Algunas conclusiones.*

1. UNA TEORÍA ENIGMÁTICA

Como un oráculo, la teoría pura del derecho continúa planteando enigmas a sus visitantes. Dos son los enigmas para los que buscaré articular una solución en este capítulo. El primero, concierne a la identificación de

628 KELSEN, H. *La dottrina pura del diritto*, p. 128; *grosso modo*, las mismas palabras se repiten en escritos anteriores, por ejemplo, Id., *La teoría pura del derecho*, § 9: "Estas tendencias ideológicas, cuyos propósitos o consecuencias políticas están a la vista, dominan la actual ciencia del Derecho, incluso después de la aparente superación del jusnaturalismo. Contra estas tendencias dirígese la teoría jurídica pura. Ella aspira a exponer el Derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; pregúntase por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido, es una teoría radicalmente realista"; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, § 9; Id., *General Theory of Law and State*, p. xiv.

su orientación epistemológica. El segundo, concierne a la posibilidad de ofrecer una reconstrucción de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica que la presente como una teoría coherente, bien construida según sus propios principios.

En un célebre ensayo, Norberto Bobbio distingue dos formas de ensayística kelseniana: una está dedicada a los errores de la crítica; la otra a la crítica de los errores[629]. En el presente capítulo recorreré una tercera vía, menos ambiciosa: la vía de la hermenéutica analítica, que las atraviesa y, por tramos, las acompaña. Desde esta perspectiva, me parece que es posible sostener las siguientes tesis acerca de los problemas antes mencionados:

1. la teoría pura del derecho se caracteriza, tomando en cuenta todo su desarrollo y, de modo explícito, a partir de las obras de los años treinta, por una orientación epistemológica favorable a un positivismo jurídico radicalmente realista;
2. la orientación realista explica tanto aquello sobre lo que Kelsen se mantuvo firme en relación con el derecho y el conocimiento jurídico durante más de sesenta años de investigación, como aquello sobre lo que cambió, a veces, de manera dramática y repentina (como se vio en el cap. V, § 3)[630];
3. los ingredientes epistemológicos y las tesis teóricas —el (neo)kantismo, la distinción entre *Sein* y *Sollen*, la crítica del eclecticismo y de las ideologías, la revisión de la concepción construccionista

629 BOBBIO, N. *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, p. 107.

630 Piénsese, por ejemplo: 1) en la introducción de la idea de *Stufenbau*, que representa el núcleo de la teoría general del derecho kelseniana; 2) en la introducción de la idea de una *Grundnorm*, que Kelsen mantuvo hasta el final, caracterizándola por largo tiempo como una hipótesis y, finalmente, como una ficción epistemológica, privada del rol de supremo principio interpretativo desarrollado en la fase neokantiana del construccionismo fuerte, hasta los inicios de los años treinta; 3) en el rechazo al originario modelo epistémico kantiano de ciencia jurídica, a fines de los años treinta e inicio de los años cuarenta; 4) en la formulación y en el cuasi inmediato rechazo del "logicismo", que se puede datar entre la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (abril 1960), de un lado, y la carta a Ulrich Klug del 4 julio 1960 (en H. KELSEN, U. KLUG, *Normas jurídicas y análisis lógico*, pp. 70-80), la publicación de *Derogation* pp. 339-355, y de *Recht und Logik*, pp. 421-425, 495-500, 579, del otro. Sobre estos temas, cfr. *supra*, cap. V, § 3.

de la ciencia jurídica, la adhesión al postulado de la neutralidad valorativa, el logicismo, la teoría de la *Grundnorm*, la idea de *Stufenbau*, etc.— valen para la teoría pura del derecho, no ya por sí mismas sino en la medida en la que, y hasta donde, contribuyan a la edificación y a la defensa de un positivismo jurídico realista, como sugiere el destino opuesto del logicismo, que fue finalmente rechazado, de un lado, y del postulado de neutralidad valorativa y de la idea de *Stufenbau*, que fueron mantenidos hasta el fin, del otro.

4. a la luz de la orientación realista, muchas de las discrepancias, antinomias e incongruencias que los kelsenólogos han considerado destacar en el gran libro de la teoría pura, entre sus distintos ingredientes en la misma o en distintas fases de su desarrollo, pueden ser leídos como pruebas de la lucha incesante, salpicada de clarificaciones, afinaciones, modificaciones, confirmaciones, retractaciones, que Kelsen condujo sobre todo contra su propia teoría, con vista a un conocimiento auténticamente científico del derecho, caracterizado por la "objetividad y exactitud", y de una teoría jurídica antiideológica y empíricamente fundada;
5. la principal peculiaridad del realismo kelseniano en comparación con los coetáneos realismos americano y escandinavo, que refleja la profunda influencia de su contexto cultural, consiste en el intento de elaborar un modelo realista de ciencia jurídica normativa, no reducida a sociología del derecho aunque sociológicamente orientada y con ella sinérgica, y tal de constituir una versión genuinamente científica de la "ciencia del derecho" tradicional, cual había sido desarrollada y teorizada por la metadogmática alemana desde Savigny y Ihering hasta Windscheid, Laband, Gerber y Jellinek (cfr. antes, cap. III, §§ 1-2, cap. IV, §§ 4-6).

Sustentaré una interpretación realista de la teoría pura del derecho (TPD) —distinguiendo en su interior la teoría general del derecho (en tal caso, me referiré a la *teoría jurídica pura*), por un lado, de la teoría del conocimiento jurídico y, más precisamente, de la metateoría y metaciencia del derecho (en tal caso, me referiré a la *epistemología jurídica pura*), por el otro— recurriendo a dos argumentos:

Primero, sobre la base de una caracterización abstracta, pero confío que suficientemente fiel, del realismo jurídico (argumento a grandes rasgos);

Segundo, sobre la base de una reconstrucción no convencional —pero, en mi opinión, plausible— de la teoría kelseniana del conocimiento jurídico, basada, como veremos sobre la distinción entre (un modelo de ciencia jurídica como) descripción estática y (un modelo de ciencia jurídica como) descripción dinámica de las normas de un ordenamiento jurídico positivo (argumento en detalle).

Muchos kelsenólogos considerarán errónea la interpretación de la teoría pura del derecho que propongo en estas páginas. Tal reacción no me sorprende. El realismo de la teoría pura del derecho ha corrido la misma suerte que la misteriosa carta (*"from royal apartments"*) en el relato *The Purloined Letter* (La carta robada) de Edgar Allan Poe: ser tan evidente que elude las pesquisas de los investigadores más acuciosos.

2. EL REALISMO RADICAL DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: EL ARGUMENTO A GRANDES RASGOS

El realismo jurídico es una abstracción metateórica a partir de algunas orientaciones bien conocidas, tales como el realismo americano, el realismo escandinavo, y el realismo italiano.

Desde el punto de vista de la historia de la cultura jurídica occidental, el realismo jurídico representa una reacción crítica contra el positivismo jurídico del siglo XIX; en particular, contra el formalismo, el conceptualismo y su perdurable y nefasta influencia sobre el pensamiento jurídico del siglo XX.

Desde el punto de vista de las clasificaciones metafilosóficas usuales, el realismo representa la variante del "derecho como hecho" del positivismo jurídico, que se contrapone a la variante del "derecho como norma", o normativismo.

Desde el punto de vista, finalmente, de su base filosófica, el realismo jurídico adopta el empirismo contra el idealismo y la metafísica.

Ahora bien, la TPD puede ser considerada como ejemplo de un peculiar realismo vienés (*Wiener Realismus*), del que Hans Kelsen y Adolf Julius Merkl son sus principales representantes. Y ello no solamente desde el punto de vista de la historia de la cultura jurídica, cosa que debería ser casi pacífica, sino también desde el punto de vista, sin duda más controvertido, del empirismo y de la distinción entre normativismo y realismo.

En apoyo a esta conclusión de la argumentación a grandes rasgos, procederé así: ante que nada, identificaré un conjunto de tesis pacíficamente realistas (§ 2.1.), destacando luego cómo ellas se encuentran también en la TPD, no casualmente, por mera convergencia, sino de un modo programático (*by design*) (§ 2.2.).

2.1. El realismo jurídico en pocas palabras

Una filosofía del derecho realista puede ser caracterizada por su adhesión a las siguientes tesis[631].

1. *El derecho positivo es ideología institucionalizada.* El derecho positivo —la institución social creada por los seres humanos para regular sus relaciones recíprocas mediante actos coercitivos del poder político— es un mecanismo fatalmente impregnado de intereses materiales y espirituales, que incorpora e impone valores (ideologías, visiones del mundo) a los individuos en una determinada dimensión espacio-temporal.

2. *El derecho natural es ideología en busca de institucionalización.* El derecho natural —el conjunto de los ordenamientos normativos ideales, a menudo en competencia, descritos en las doctrinas iusnaturalistas— es un artefacto intelectual, un objeto puramente ideológico; de hecho, una de las más potentes invenciones filosóficas en la cultura jurídica occidental, cuyo uso consiste, según el caso, en justificar la conservación o la subversión de determinados ordenamientos positivos.

3. *Fluidez.* Los ordenamientos jurídicos positivos, lejos de ser conjuntos normativos estáticos, se caracterizan por su cambio constante, según las exigencias corrientes y mutables de los grupos de interés influyentes en la sociedad.

4. *Instrumentalismo.* Los ordenamientos positivos no son, en sí mismos, valores o fines últimos; son, más bien, los medios para perseguir los objetivos que cada sociedad, o los grupos sociales más influyentes, consideran deseables en cada ocasión.

5. *Escepticismo sobre las reglas, discrecionalidad judicial, no-cognoscitivismo interpretativo, escepticismo sobre los hechos.* Las normas generales, producto

631 Se trata, como es obvio, de una enumeración de posiciones paradigmáticas y no de una lista de propiedades definitorias del ("verdadero") concepto de "filosofía iusrealista".

de la legislación y del precedente judicial, no determinan su aplicación a los casos individuales. Las normas generales no funcionan automáticamente como criterios de guía y de valoración de los comportamientos individuales. La aplicación del derecho no es una actividad puramente lógica y de conocimiento, sino que implica necesariamente actos de voluntad y de creación del derecho. La interpretación judicial y doctrinal no son actividades puramente cognoscitivas, sino que requieren decisiones acerca del significado correcto a ser adscrito a los materiales jurídicos. La argumentación en el derecho es un instrumento de justificación retórica de decisiones usualmente adoptadas en consideración de su valor sustancial. La verificación de los hechos relevantes de un caso no es una actividad puramente cognoscitiva de datos objetivos, sino una actividad eminentemente discrecional, incluso cuando recurre a teorías y criterios científicos.

6. *Sistematicidad extrínseca.* Los ordenamientos jurídicos positivos no son, en sí mismos, sistemas normativos: conjuntos ordenados, consistentes, coherentes, y completos de normas. Son, en cambio, una acumulación de materiales a la espera de sistematización a cargo de los juristas, en el ámbito de la denominada "ciencia jurídica".

7. *Empirismo y subjetivismo metaético.* El realismo jurídico es empirismo aplicado al estudio del derecho. Las filosofías realistas se caracterizan por la adhesión a una ontología y a una epistemología empirista: no hay otra realidad más allá de la realidad empírica; no hay conocimiento más allá del conocimiento empírico o formal. El compromiso empirista sugiere una posición subjetivista en metaética: no hay valores morales absolutos, objetivos; todos los valores, todos los ideales en el mundo de la ética normativa y de la justicia son subjetivos, relativos, contingentes. Las personas no descubren los valores morales en alguna dimensión metafísica de la "realidad"; más bien, los crean y los eligen mediante actos de voluntad últimos, aunque muchas personas no sean conscientes de este aspecto crucial de su vida práctica.

8. *Principios de epistemología realista.* Una investigación realista debe aproximarse al derecho considerándolo como un fenómeno social y cultural, compuesto de comportamientos y construcciones intelectuales. Debe observar los siguientes principios:

Primero, la investigación no debe permanecer en la superficie de lo que las normas y los funcionarios *dicen*. Por el contrario, debe aproximarse y dar cuenta de *cómo* ellas *funcionan*, y de lo que los funcionarios de hecho *hacen*,

incluso teniendo en cuenta las probables consecuencias prácticas de sus decisiones. En otros términos, una investigación realista no puede ocuparse solamente de la validez(-pertenencia) de las normas, sino que también debe tener siempre en cuenta su eficacia.

Segundo, la investigación debe poner en evidencia las ideologías presentes en el discurso jurídico (desde las visiones del mundo omnicomprensivas hasta las representaciones mistificadoras de aspectos singulares, que responden a intereses particulares), analizándolas desde el punto de vista semántico, lógico y pragmático. Debe analizar los conceptos jurídicos generales ("estado", "fuente del derecho", "norma jurídica", "derecho subjetivo", "deber jurídico", "validez", "fuerza vinculante", "responsabilidad", "persona jurídica", etc.), tal como son usados por la ciencia y la teoría jurídica, sustituyéndolos, de ser necesario, con conceptos más claros, empíricamente fundados, pragmáticamente justificados, depurados de todo rastro de metafísica, ficción o magia.

Tercero, en relación con el derecho natural, la investigación debe poner en evidencia su carácter de producto intelectual, ideológicamente connotado y axiológicamente comprometido. Debe, además, destacar los defectos y los límites de las doctrinas iusnaturalistas, a fin de que puedan ser apreciadas como lo que son, sin los camuflajes del (auto)engaño.

Cuarto, al perseguir los objetivos antes mencionados, la investigación debe atenerse a *valores epistémicos* (verdad, coherencia lógica, capacidad explicativa, progreso del conocimiento objetivo, claridad, simplicidad, elegancia, honestidad intelectual); debe siempre explicar las opciones y los principios epistemológicos empleados (*postulado de la sinceridad*); debe hacer a un lado los valores morales y políticos, pues solo son apropiados en el ámbito de la política del derecho, donde el jurista no puede sino llevar a cabo sus elecciones y tomar posición, asumiendo la responsabilidad moral inherente a su rol institucional (*postulado de la neutralidad valorativa*).

2.2. La teoría pura del derecho como filosofía iusrealista

A la luz de las tesis precedentes, la orientación realista de la TPD resulta evidente. La filosofía jurídica de Kelsen se revela como realista, *a piece of realistic jurisprudence*, tanto en el plano epistemológico como en el plano teórico.

Una epistemología jurídica realista

En el plano epistemológico, la TPD se revela como una filosofía realista desde cuatro aspectos:

1. La TPD considera al derecho positivo como un fenómeno social, en el campo de la realidad empírica, rechazando cualquier idea de una realidad jurídica metafísica, trascendente, como sostienen, en cambio, las doctrinas iusnaturalista de todo tipo, época o lugar[632].

2. La TPD se caracteriza por el compromiso de promover y realizar un conocimiento científico del derecho tal como es, contra la ficción, el sincretismo, la metafísica, las ideologías y las posiciones políticas ocultas, con el fin de desgarrar el velo del error metodológico y de la militancia política clandestina que le cubre. Desencovar las ideologías de sus escondites conceptuales, exponiéndolas a la luz de la crítica racional, es uno de sus componentes fundamentales. La disolución de los dualismos que se apoderaron del pensamiento jurídico en el inicio del siglo XX, comenzando por el dualismo capital entre estado y derecho, constituye una prueba irrefutable de un programa de investigación no solamente anunciado sino actuado de una forma metódica y rigurosa.

3. La TPD se caracteriza por la centralidad de la distinción entre *Sein* (ser) y *Sollen* (deber), que constituye el núcleo de una filosofía de carácter inmanente, racionalista y empirista, en la que la epistemología kantiana se combina con el método de las ciencias sociales, contra el retorno de la (despreciada) "metafísica prekantiana"[633].

En honor de la verdad, la distinción entre *Sein* y *Sollen* es a menudo considerada por los kelsenólogos como lo que provee el soporte concluyente a una interpretación idealista de la TPD. Se citan los pasajes en los que Kelsen afirma que las *normas no son hechos* en el mundo del *Sein*, sino entidades ideales en el mundo del *Sollen*. De ello se concluye que la jurisprudencia normativa de Kelsen, siendo una ciencia de *normas*, no versa sobre la realidad (el mundo del ser) sino sobre un mítico *Sollen*; no es una forma de

---

632 KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, § 14 ss.; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, §§ 14-17; Id., *General Theory of Law and State*, pp. xiii ss.; *Id., La dottrina pura del diritto*, § 7 nota*); Id., *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho*, pp. 9 ss.; Id., *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, pp. 121 ss.

633 KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, p. 25.

conocimiento empírico del derecho, sino más bien algo (misteriosamente) similar al conocimiento *a priori* de la filosofía idealista, un conocimiento que dependería de un "razonamiento *a priori*"[634].

Se trata, sin embargo, de una posición errónea, que ignora la complejidad de la epistemología jurídica pura.

Primero, Kelsen no se cansa de enfatizar, en cuanta ocasión tiene, que las normas jurídicas, aun siendo entidades ideales distintas de los hechos tales como la pronunciación de un veredicto de condena en la sala de un tribunal, la protesta de una multitud tumultuosa, el siniestro sonido de la hoja de la guillotina, son el significado de actos de voluntad de órganos jurídicos en contextos espacio-temporales determinados. Por lo tanto, también las normas son entidades empíricas: al menos en el sentido de ser entidades dependientes de la experiencia (*experience-dependent*), dotadas de existencia en un tiempo y en un espacio dados. Además, para que exista una norma, es necesario que exista o bien una práctica colectiva observable, "un curso de acción generalmente observado", combinado con la actitud normativa de *opinio iuris ac necessitatis*, por parte de los miembros de un grupo social, como ocurre con las normas de la costumbre; o bien alguna expresión sensible de un acto de voluntad discrecional por parte de un órgano jurídico, determinado por movimientos del cuerpo, por símbolos no verbales, por enunciados en forma oral o escrita, como ocurre con las normas de ley y las normas dictadas por los jueces en las sentencias y otros órganos en actos administrativos[635].

Segundo, los partidarios de la interpretación idealista de la TPD asumen que el conocimiento empírico coincida sin más con la explicación casual de los hechos. No es ésta, sin embargo, la posición de Kelsen. Exponiendo su

---

634 Cfr., por ejemplo, ROSS, A. *On Law and Justice*, pp. 64 ss.

635 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *General Theory of Law and Stat*, pp. 114-115; Id., *La dottrina pura del diritto*, § 16; Carta del 4 de julio de 1960 a Ulrich Klug; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cap. 41; Id., *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, pp. 121, 125-126, 130-132, 136-137. Además, sobre la base de la condición de no *desuetudo*, siempre es necesario algún nivel de eficacia para que la norma singular *continúe* siendo válida: la existencia de normas es, por tanto, en Kelsen, una cuestión fáctica (*facts-dependent*). Sobre este punto, véase antes, cap. V, § 5.12.

concepción de una ciencia jurídica normativa, Kelsen distingue dos formas de conocimiento empírico del derecho, ambas necesarias y concurrentes: el conocimiento causal y el conocimiento normativo. El conocimiento (-actividad) causal —que pertenece a la sociología jurídica— consiste, por ejemplo, en indagar los motivos que explican por qué los jueces de una jurisdicción hayan decidido una línea de casos de abigeato de un cierto modo, por qué los legisladores hayan aprobado una ley sobre la circulación vial que penaliza fuertemente el uso de vehículos de tracción animal, por qué los habitantes de una región violan sistemáticamente las normas sobre la protección del patrimonio artístico, etc. El conocimiento(-actividad) normativo —que pertenece a la ciencia jurídica normativa— consiste, en cambio, en proveer una descripción de las normas válidas de un ordenamiento jurídico. Volveré luego sobre la teoría kelseniana de la ciencia normativa. Sin embargo, un tema debe ser enfatizado desde ahora. Las normas que la ciencia normativa *à la* Kelsen debe describir no son "normas en el papel" ("*paper rules*"), sino "normas reales" ("*real rules*"); son normas generales e individuales que pertenecen a un ordenamiento eficaz en su conjunto y *cada una* de las cuales, individualmente considerada, es a su vez eficaz en alguna medida[636].

Tercero, como es sabido (y hemos visto en el capítulo anterior), cuando la ciencia jurídica pura describe las normas válidas de un ordenamiento jurídico positivo, lo hace sobre la base de la "hipótesis" o "ficción" de la norma fundamental (*Grundnorm*). Ahora bien, a partir de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (*RR1*), y constantemente en las obras teóricas sucesivas, Kelsen insiste en destacar tres rasgos de su teoría de la norma fundamental:

- *en primer lugar*, que presuponer la norma fundamental es una *opción*, de la cual depende la posibilidad de considerar el fenómeno social del derecho como un conjunto de normas válidas, en lugar de como un conjunto de actos de voluntad y de relaciones de poder;
- *en segundo lugar*, que se trata de una opción *epistemológica* cuya justificación pragmática consiste, no ya en fundamentar la validez(-obligatoriedad) de las normas de un ordenamiento positivo sobre el plano de las ética normativa, sino en permitir

636 KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, §§ 7, 16; *RR1*, § 7; Id., *General Theory of Law and State*, pp. 162 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, §§ 7, 14, 16, 21. Sobre este punto, véase antes, cap. V, § 5.12.

el manejo de normas válidas en el ámbito del conocimiento avalorativo del derecho, sin comprometerse con la idea, de origen iusnaturalista, de la validez como fuerza vinculante intrínseca, absoluta, metafísica;

- *en tercer lugar*, que dicha opción metodológica permite concebir una ciencia normativa del derecho como una empresa auténticamente científica, distinta de la sociología del derecho, y capaz de ocuparse de la validez del derecho sin violar el postulado de neutralidad valorativa (*Wertfreiheit*)[637].

4. Como fuera señalado, uno de los aspectos centrales de una epistemología jurídica realista lo constituye la preferencia metódica y reflexiva por la sinceridad (postulado de la sinceridad): las ineludibles opciones —éticas, políticas, epistemológicas, etc.— deben ser meticulosamente declaradas, de tal modo que el juego sea siempre con las cartas descubiertas. Ahora bien, la TPD presenta una preferencia radical por el postulado de la sinceridad. Kelsen pone constantemente en evidencia las premisas y movidas metateóricas propias y de los demás. A partir de la (tan injustamente vituperada) norma fundamental que, como hemos visto, representaría, según Kelsen, el fruto de una reflexión epistemológicamente advertida sobre el sentido común de los juristas, y en particular sobre sus intuiciones, generalmente desarticuladas y poco conscientes, en tema de conocimiento jurídico[638].

Una teoría jurídica realista

La TPD puede ser considerada un ejemplo de filosofía iusrealista incluso desde el punto de vista de su teoría general del derecho. Para ello, llamo la atención sobre dos elementos: la teoría de la *Stufenbau* y la teoría de la interpretación jurídica. Ambas teorías representaron, en su momento, una verdadera y genuina revolución del pensamiento jurídico, y aún ahora son construcciones que ninguna filosofía del derecho positivo bien elaborada

---

637 KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, §§ 14-15; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 73 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, § 26; Id., *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, pp. 132-133; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cap. 59, § I. Sobre la norma fundamental como ficción, cfr. *supra*, cap. V, § 3.4.

638 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 74-75.

pueda ignorar. Ambas teorías constituyen los pilares de una teoría del derecho radicalmente realista.

Las normas generales de conducta son prescripciones indeterminadas; en las palabras llanas de Kelsen, son "productos semielaborados", y no solo en vía intencional (*by design*), sino también no-intencional (*by structure*).

La interpretación —dejando de lado por un momento la interpretación científica, sobre la cual retornaré en el próximo parágrafo— es siempre un acto de voluntad, con el que el intérprete *decide* cuál es el ("correcto", "adecuado", "verdadero") significado de una norma (típicamente, una norma general con vista a su aplicación a un caso individual). Decide de manera *auténtica*, si el intérprete es un juez u otro funcionario en el ejercicio de sus poderes; decide de manera *no-auténtica*, si el intérprete es un jurista, un abogado, un ciudadano común (cfr., además, *supra*, cap. V, § 5.9.).

Los discursos en los que los juristas plantean sus interpretaciones no-auténticas no son discursos científicos, sino razonamientos de política del derecho ("razonamientos jurídico-políticos") dirigidos a conseguir determinados resultados, que consideran meritorios, a través del derecho.

La jurisdicción no es *declarativa*; no consiste en un mero proceso de conocimiento de hechos, conocimiento de normas e inferencia lógica. Es, por el contrario, *constitutiva*: mediante actos de voluntad discrecionales, el juez establece ("constituye") las normas generales a ser aplicadas, establece ("constituye") los hechos a los que deben ser aplicadas, y, finalmente, establece ("constituye") la norma individual dispositiva del caso individual.

Kein Imperativ ohne Imperator: no hay norma válida si no ha sido producida por una autoridad jurídica. Cabe notar, para consternación de los kelsenólogos, que esta idea no es planteada en la última fase, "irracionalista", de la TPD (cfr. *supra*, cap. V, § 3.4.). Por el contrario, pertenece a su núcleo constante, y está claramente formulada en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, publicada como se sabe en 1934, y en la *General Theory of Law and State*[639].

Las tesis teóricas ahora recordadas son fruto de un análisis comparativo de la mecánica de los ordenamientos positivos. Son, además, con toda evidencia, realistas: sea por su escepticismo exhibido respecto de las normas

[639] KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, § 32; *RR1*, § 31; Id., *General Theory of Law and State*, pp. 267 ss.

generales; sea, correlativamente, por la importancia atribuida al momento de su aplicación judicial, que no es más la actividad neutral, marginal o, considerada en su totalidad, irrelevante, como en la visión del positivismo formalista, sino, en cambio, un momento esencial en el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, como mecanismos complejos de producción de normas por medio de normas.

Se podría mencionar otros aspectos de la teoría jurídica pura que reflejan, nuevamente, una profunda orientación a favor del conocimiento de las normas jurídicas *in action*, de cómo *funcionan de hecho* los ordenamientos jurídicos, de cómo son *efectivamente* las relaciones entre normas (y órganos) superiores y normas (y órganos) inferiores de la *Stufenbau*, tomando en cuenta, sea la presencia y la posibilidad de recurrir a remedios jurisdiccionales o administrativos, sea el instituto de la *res iudicata*. Piénsese, por ejemplo, en las siguientes ideas, que también componen el núcleo teórico de la TPD.

1. los ordenamientos jurídicos son fenómenos sociales determinados por ideologías y guiados por consideraciones de interés, en los que los intereses materiales y espirituales de los individuos tienden fatalmente a entrar en conflicto; de modo que el derecho, a diferencia de la ciencia, es *político* e (*absit iniuria verbo*) *impuro*;
2. los ordenamientos jurídicos, en tanto que ordenamientos dinámicos, son sistemas normativos estructuralmente fluidos;
3. los ordenamientos jurídicos tienen naturaleza puramente instrumental; representan una específica "técnica social" a través del cual conjuntos de individuos intentan obtener resultados considerados meritorios en cada ocasión;
4. los ordenamientos jurídicos no son, en sí mismos, sistemas de normas, sino una acumulación de materiales en espera de ser presentados de un modo sistemático por los juristas;
5. la validez de las normas jurídicas debe ser entendida como condicionada por la eficacia, que para cada norma singular consiste en la condición de no desuso (*desuetudo*);
6. las normas generales de competencia (que definen, por ejemplo, la competencia del legislador o de los jueces) funcionan de normas provistas de una cláusula alternativa tácita, de forma tal que, bien vistas las cosas, las normas sustanciales producidas por los

órganos de la aplicación gozan de una validez no "plena" sino "limitada"[640];

7. las nociones de "nulidad", "ley inconstitucional", "sentencia contraria a la ley", usuales en la ciencia y teoría jurídica, necesitan ser redefinidas de forma tal que tengan en cuenta el modo real de funcionamiento de los ordenamientos jurídicos; en particular, el hecho de que los órganos jurídicos, cual rey Midas, transforman en derecho todo lo que tocan (sobre este punto, cfr. cap. V, § 5.12.).

Naturalmente, se puede no estar de acuerdo con las tesis kelsenianas recién mencionadas. Sin embargo, mi intento aquí no es discutir su corrección teórica. Me interesa más bien destacar que, en su conjunto, aunque puedan parecer absurdas (piénsese en la tesis de la cláusula alternativa tácita, sobre la cual *supra*, cap. V, § 5.12.), ellas componen una teoría general del derecho empirista (fundada sobre la experiencia), no-superficial, anti-metafísica, no-ideológica, sospechosa frente a la capacidad de las "normas generales" de determinar mágicamente las conductas y el contenido de las decisiones legislativas y judiciales; en una palabra: realista.

3. EL REALISMO RADICAL DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: EL ARGUMENTO EN DETALLE

3.1. "Ciencia jurídica"

Algunos problemas de la ciencia jurídica provienen notoriamente de la ambigüedad de las locuciones "ciencia jurídica" y "ciencia del derecho", compartida por las expresiones homólogas en otras lenguas europeas ("ciencia del derecho", "ciencia jurídica", "legal science", "Rechtswissenschaft", "science du droit", "science juridique", etc.).

1. A veces, "ciencia jurídica" no es sino el calco de las locuciones latinas "scientia iuris" y "iuris scientia", que se remontan a la cultura jurídica romana. En este caso, la locución designa el *estudio doctrinal del derecho*, o doctrina o dogmática jurídica (a su vez, esta última expresión es calco de la alemana *Rechtsdogmatik*, acuñada aparentemente por Rudolph von Jhering; cfr. supra, cap. III, § 4., cap. IV, § 5.).

640 KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, p. 159.

El estudio doctrinal del derecho, sin embargo, no consiste necesariamente en una investigación científica sobre el derecho. Según el modelo tradicional, en efecto, se ocupa del contenido de cada (sector o subsector del) ordenamiento jurídico positivo, con el fin de proveer soluciones definidas y apropiadas (desde un cualquier punto de vista ideológico) a los problema del tipo *Quid iuris?* ("¿Qué cosa prescribe el derecho para ...?"). Al hacerlo, típicamente consigue formular propuestas *de iure condito*, pertenecientes al campo del razonamiento práctico y de la política del derecho —por ejemplo, propuestas acerca del modo correcto de interpretar una disposición, de resolver un conflicto entre principios constitucionales, de colmar una laguna—.

2. A veces, aunque raramente, la locución "ciencia jurídica" designa el *conocimiento científico del derecho positivo*. En este caso, la ciencia jurídica no equivale al estudio doctrinal del derecho, como ha sido tradicionalmente concebido y practicado en las culturas occidentales. Más bien, puede ser entendida como una actividad radicalmente distinta. Puede designar, además, cualquier tipo de investigación científica sobre el derecho positivo, sea sobre el derecho en general (teoría general), o bien sobre un ordenamiento jurídico en particular.

3. Los dos significados de "ciencia jurídica" pueden solaparse. Ello sucede cada vez que se utiliza "ciencia jurídica" para designar al estudio doctrinal del derecho, como es tradicionalmente entendido y practicado, connotándolo al mismo tiempo como empresa genuinamente científica, como verdadera y propia *ciencia*. Estos usos de "ciencia jurídica" han parecido dudosos, engañosos y hasta funestos a la sensibilidad epistemológica de muchos estudiosos del derecho, quienes, desde la mitad del siglo XX, se han preguntado sobre la cientificidad de la ciencia jurídica, dando origen al bien conocido, añoso y arraigado "problema".

La ambigüedad de "ciencia jurídica" repercute fatalmente sobre la locución parasitaria "teoría de la ciencia jurídica". Tres sentidos merecen aquí ser tomados en consideración.

En un primer sentido, una teoría de la ciencia jurídica es una *metodología descriptiva*; describe los distintos tipos de operaciones realizadas por los juristas en el estudio doctrinal (de un cierto sector) del derecho, destacando y analizando los instrumentos (las técnicas, los métodos, los cánones interpretativos, etc.) que se utilizan o que se podrían utilizar en el contexto institucional y cultural de referencia.

En un segundo sentido, una teoría de la ciencia jurídica es una *metodología prescriptiva*; prescribe qué operaciones deberían ser realizadas en el estudio doctrinal (de un cierto sector) del derecho, y mediante qué instrumentos, con el fin de actuar de un modo oportuno (correcto) en relación con determinados fines de política del derecho contextualmente establecidos o exigidos.

En un tercer sentido, finalmente, una teoría de la ciencia jurídica es una *epistemología prescriptiva*; establece las condiciones y los modos del conocimiento científico del derecho, delineando un modelo de ciencia jurídica de conformidad con los estándares de alguna epistemología general y presupuesta.

La TPD —Kelsen lo repite en el inicio de la segunda *Reine Rechtslehre*— es una teoría general del derecho: "es una teoría del derecho positivo en general, no una interpretación de específicas normas nacionales o internacionales; sin embargo, ofrece una teoría de la interpretación"[641].

Se trata, no obstante, como ya tuvimos la suerte de notar (cap. V, § 3), de una afirmación demasiado modesta para ser tomada en serio, y demasiado breve para ser verdadera respecto a la pluralidad de niveles y a la riqueza de contenidos de la filosofía jurídica kelseniana. La TPD, entendida en un sentido amplio, contiene mucho más que una teoría general del derecho; contiene, como se ha visto, también un nivel metateórico y metadogmático, en el que se sitúa una *epistemología jurídica pura*: una teoría de las condiciones cuya satisfacción permite considerar la teoría general del derecho y el estudio doctrinal del derecho como empresas genuinamente científicas, idóneas para procurar un conocimiento objetivo y exacto del derecho positivo.

Antes me he referido a la epistemología de Kelsen, destacando su orientación realista mediante una argumentación a grandes rasgos (*supra*, § 2.2.). Ahora me propongo reforzar dicha conclusión con un argumento en detalle: es decir, sobre la base de una reconstrucción un poco más pormenorizada de la concepción kelseniana del conocimiento científico del derecho. Haciéndolo, ofreceré una reconstrucción del modelo de ciencia jurídica pura, proporcionando incluso una solución al segundo de los dos enigmas iniciales (*supra*, § 1).

641 KELSEN, H. *La dottrina pura del diritto*, p. 9.

3.2. El realismo de la epistemología jurídica pura

En la perspectiva de Kelsen, el conocimiento científico de los ordenamientos jurídicos positivos es una empresa coral, que exige la combinación de líneas de investigación diferentes, pero concurrentes entre sí (cfr. *supra*, cap. V, § 4.). Tres disciplinas forman el núcleo del mapa kelseniano del saber jurídico: (1) la filosofía analítica de la justicia, que consiste en el análisis racional —semántico y lógico— de las doctrinas de la justicia, la cual es indispensable en las investigaciones de sociología jurídica; (2) la sociología jurídica, que realiza tareas descriptivas, de explicación causal y predictivas —en los límites, según Kelsen, bastante restringidos, en los que se pueden formular predicciones razonablemente fundadas acerca de las futuras decisiones de los órganos jurídicos—; (3) la jurisprudencia normativa, que se articula a su vez en la teoría general pura y en la ciencia jurídica pura —en términos de Austin, en una jurisprudencia general y una jurisprudencia particular[642]—.

En un ensayo dedicado a *On Law and Justice*, Kelsen caracteriza su concepción de la jurisprudencia normativa como una concepción *realista*:

> "Una ciencia es "empírica, en oposición a "metafísica", no solamente si describe los hechos que se verifican en el tiempo y en el espacio, sino también si describe el significado de ciertos actos humanos. Una teoría del derecho es, no obstante, empírica, si se dedica a la descripción de normas (*Sollnormen*) que son los significados de actos empíricos, realizados en el tiempo y en el espacio, y realizados por hombres, evitando cualquier referencia a normas emanadas de instancias sobrehumanas, como Dios o una naturaleza creada por Dios; es decir, siempre y cuando el "deber" de las normas que ella describe no sea el "deber" de una justicia metafísica. Dado que la teoría pura del derecho satisface completamente estos requisitos, dado que ha suprimido de su objeto cualquier elemento metafísico con la misma energía y en una medida no igualada casi por ninguna otra

642 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pp. 266 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. viii, donde, en verdad, se lee que "el problema de la justicia, en cuanto problema valorativo" se sitúa fuera del campo de la teoría del derecho en cuanto "análisis del derecho positivo como realidad del derecho" pero, no obstante, debe ser afrontado, siendo de la máxima importancia para la "política jurídica".

teoría del derecho, ella puede pretender ser considerada como una teoría no menos empírica, y en tal sentido "realista", que la teoría del derecho "realista" sostenida por Ross"[643].

¿En qué consiste, sin embargo, una "descripción de normas" como ingrediente de una ciencia empírica del derecho?

Paradójicamente, este es uno de los temas más difíciles, elusivos y controvertidos de la TPD. Basta pensar que la afirmación de Kelsen, en el pasaje apenas citado, según la cual la TPD sería un ejemplo de ciencia empírica del derecho, ha sido cuestionada como engañosa, si no abusiva, puesto que los rasgos de una (verdadera) ciencia empírica del derecho serían muy distintos de los modelos de ciencia jurídica de la TPD[644].

Adoptando como guía de mi investigación el principio de interpretación caritativa y el canon hermenéutico de la totalidad, como decía al inicio, presentaré a continuación una reconstrucción no convencional de la teoría kelseniana del conocimiento normativo del derecho, tal como ha sido expuesta a partir de los años cuarenta, cuando aparece la distinción entre norma jurídica (*legal norm*, *Rechtsnorm*, *Sollnorm*) y proposición jurídica (*rule of law in a descriptive sense*, *Rechtssatz*, *Sollsatz*), hasta la póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (cfr. *supra*, cap. V, §§ 3.3.– 3.4.).

1. "Descripción de normas" es un término técnico en el interior de la TPD: se contrapone a "creación de normas" y designa, en su acepción más amplia y genérica, al conjunto de las operaciones con las que se conocen las normas jurídicas de cualquier ordenamiento positivo, proporcionando una explicación del conocimiento así adquirido en modos epistemológicamente adecuados.

2. En la división del trabajo, en el interior de la jurisprudencia normativa, entre teoría pura y ciencia jurídica pura, a la primera le compete describir los rasgos formales y estructurales de las normas de los ordenamientos jurídicos, cual fuere su contenido. La segunda se ocupa, en cambio, de describir las normas válidas de un determinado ordenamiento jurídico: lo que ellas

643 KELSEN, H. *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho*, pp. 15-16; cfr., además, Id., *Law and Morality*, p. 93 nota 1. Para afirmaciones anteriores del "realismo" de la TPD, cfr., también, Id., *La teoría pura del derecho*, § 9; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 60, nota *).

644 Cfr. TROPER, M. *Ross, Kelsen et la validité*, pp. 43-57, que plantea argumentos convincentes contra la acusación de "cuasi-positivismo" hecha por Alf Ross a Kelsen.

prescriben (en un sentido amplio), en cuanto "significados" o "contenidos de sentido" de actos de voluntad de órganos nomotéticos.

En aras de proporcionar una reconstrucción lo más posible clara del pensamiento de Kelsen, se pueden distinguir dos tipos de descripción de normas: de un lado, la *descripción teórica* de los rasgos formales y estructurales de los ordenamientos jurídicos positivos; del otro, la *descripción doctrinal* del contenido de las normas válidas de ordenamientos particulares.

3. La *descripción teórica* es competencia de la teoría general del derecho. Consiste en la combinación de tres operaciones complejas: el análisis conceptual, la teoría estática de las normas jurídicas, la teoría dinámica de las normas jurídicas (como hemos visto antes, en el cap. V, § 5).

El *análisis conceptual* está dirigido a identificar y aclarar el significado de conceptos jurídicos generales como derecho, estado, norma jurídica, validez, eficacia, legitimidad, fuente del derecho, deber jurídico, derecho subjetivo, sanción jurídica, responsabilidad, etc.

La *teoría estática de las normas jurídicas* se ocupa de problemas como, por ejemplo, la forma lógica de las normas, en contraposición a su forma accidental; la variedad de las normas jurídicas, desde el punto de vista de su función (según el último Kelsen, como es conocido: ordenar, prohibir, permitir, autorizar, derogar); las relaciones entre normas desde el punto de vista del contenido (entre normas "independientes" y normas "dependientes" o fragmentos de normas; entre normas "primarias" y normas "secundarias").

La *teoría dinámica de las normas jurídicas*, finalmente, se ocupa de problemas como, por ejemplo: la estructura de los ordenamientos jurídicos, *id est*, las relaciones entre las normas que los componen desde el punto de vista de su producción; las conexiones entre validez y eficacia, tanto en lo referido a las normas singulares como a los ordenamientos en su conjunto; las denominadas lagunas en el derecho, de las que Kelsen sostiene, hasta el final, su carácter puramente ideológico; los conflictos entre normas pertenecientes al mismo nivel de la estructura por grados, con los criterios que el ordenamiento autoriza usar para resolverlos; los conflictos entre normas pertenecientes a niveles distintos de la estructura por grados, en relación con los cuales Kelsen sostiene la muchas veces mencionada tesis de la cláusula alternativa tácita[645].

[645] Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. V, §§ 28, 32; Id., *La dottrina pura del diritto*,, cap. V, § 35.

La descripción teórica es, claramente, mucho más que una simple "descripción". Las investigaciones histórico-comparativas sobre los ordenamientos positivos, el análisis racional de la cultura jurídica ("el análisis del conocimiento jurídico positivo": el análisis de las ideologías de los juristas, de sus visiones del mundo y falsas conciencias), y la (re)construcción teórica son, aparentemente, todas operaciones ineludibles de cara a la elaboración de una teoría jurídica pura. El análisis conceptual, lejos de ser puramente descriptivo (un mero ejercicio lexicográfico), es entendido por Kelsen como caracterizado por una orientación crítica y de reconstrucción racional: debe, en efecto, elaborar redefiniciones de las nociones de sentido común de los juristas, compatibles con los postulados de neutralidad valorativa y no-eclecticismo, que son los dos componentes de la pureza teórica (cfr. *supra*, cap. V, §§ 3.1-3.2.). En otros términos, debe ser un *análisis terapéutico* que cure el pensamiento jurídico de las confusiones generadas por el eclecticismo y por la presencia clandestina de ideologías y ficciones. Ello, por ejemplo, aparece claramente en el modo como Kelsen redefine el concepto de derecho, proponiendo entender la idea de la sistematicidad del derecho, depurándola del organicismo metafísico introducido por la Escuela histórica (sobre la cual cfr. *supra*, cap. III, §§ 1.-2., cap. IV, § 4.)[646] y disolviendo los dualismos que, según su modo de ver, afligieron el pensamiento jurídico aún a lo largo del siglo XX (estado/derecho, derecho objetivo/derecho subjetivo, derecho público/derecho privado, creación de derecho/aplicación de derecho, etc.)[647].

---

646 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, § 27, p. 46.

647 Cfr., por ejemplo, KELSEN, H. *God and the State*, pp. 61-82, sobre todo en las pp. 80-82, en las cuales Kelsen reivindica el anarquismo epistémico ("epistemic anarchism") como una vía para establecer "a *purely legal theory* of the state", una "*stateless theory of the state*", que representa el paso necesario mediante el cual "legal and political theory first push forward from the level of theology into the ranks of modern science [...] Since modern science seeks everywhere to dissolve substance into function, and has long since thrown the concept of soul overboard, along with that of force, modern psychology has become a soulless theory of the soul, and modern physics a forceless theory of force [...] so likewise is the reduction of the supralegal concept of the state to the concept of law the indispensable precondition for the development of a genuine science of law, as a *science of positive law* purified by all natural law". Se trata de un tema constante en la TPD: cfr. KELSEN, H., *La teoría pura del derecho*: "Toda ideología tiene sus raíces en la voluntad más que en el

4. Pasando a la *descripción doctrinal*, parece necesario distinguir dos formas, sinérgicas entre sí en vista de un conocimiento normativo completo de un determinado ordenamiento, que denominaré, respectivamente, *descripción estática* y *descripción dinámica*.

La *descripción estática* es una descripción dirigida al pasado (*backward-looking*): se propone dar cuenta de las normas válidas, generales e individuales, de un determinado ordenamiento jurídico, así como han sido producidas y aplicadas hasta el tiempo (t_p) en el que tiene lugar la descripción. En otros términos, se ocupa de ofrecer una descripción de las normas válidas *en acto* (*in actu*).

La *descripción dinámica* es, por el contrario, una descripción dirigida al futuro (*forward-looking*): se propone dar cuenta de las normas generales válidas de un determinado ordenamiento jurídico, desde el punto de vista (y "al servicio") de su futura aplicación. En otros términos, se ocupa de ofrecer una descripción de las normas válidas *en potencia* (*in potentia*).

En conjunto, las dos formas de descripción doctrinal que acabo de distinguir representan la alternativa que la TPD opone a la "ciencia jurídica" de los juristas del siglo XIX y de sus seguidores contemporáneos: pseudocientífica y enteramente dedicada a la política del derecho. Para dar cuenta de ella, me serviré de una terminología no kelseniana. Además de "descripción doctrinal", "descripción estática", y "descripción dinámica", que ya hemos

---

conocimiento; proviene de ciertos intereses o, más precisamente, de un interés que no es el interés por la verdad; con esto, naturalmente, no queremos emitir juicio alguno acerca del valor o de la dignidad de esos otros intereses, pero el conocimiento desgarrará siempre el velo que la voluntad extiende sobre las cosas", § 9, p. 20; "Una vez que se ha privado al concepto de derecho subjetivo y al sujeto de derecho de toda función ideológica; una vez que se abre paso a las relaciones jurídicas efectivas, rompiendo el velo de la personificación, no quedan ya más que relaciones jurídicas entre hombres o, mejor, entre hechos de conducta humana, que son enlazados entre sí por medio de las normas jurídicas", § 27, p. 45; "el Derecho, el Derecho positivo que no puede identificarse con la "justicia", es el mismo orden coactivo que constituye el Estado, tal como se presenta al conocimiento que, rompiendo el velo de la personificación, y no queriendo contentarse con imágenes antropomórficas, *quiere llegar a captar las relaciones reales que existen entre los hombres*", § 49, p. 79, cursiva agregada. Entre los escritos más recientes, cfr., por ejemplo, Id., *El Profesor Stone y la teoría pura del derecho*, § 1.

visto, introduciré expresiones como "interpretación estática", "valoración sistemática", "interpretación dinámica", "normas válidas *prima facie*", etc., con el fin de presentar la teoría de Kelsen en su mejor luz.

5. La *descripción estática* de las normas válidas (*in actu*) de un ordenamiento jurídico OG_i en el tiempo t_p consiste en una serie de operaciones complejas. En ella, se pueden distinguir tres fases: la identificación de los materiales jurídicos, la identificación de las normas válidas, la descripción de las normas válidas.

Identificación de los materiales jurídicos. Antes que nada, el jurista debe aislar los materiales —las normas en un sentido preinterpretativo— que, al menos *prima facie*, forman el discurso de las fuentes (entendidas en sentido lato) del ordenamiento que pretende describir. Típicamente, los materiales están constituidos por una constitución escrita, leyes, decretos, reglamentos, decisiones judiciales, prácticas consuetudinarias, etc. Se trata de desarrollar una investigación empírica y de calificación (de interpretación como adscripción de valor a objetos culturales), que exige un mínimo de formación jurídica, y es a menudo facilitada por la autocalificación (*Selbstdeutung*) de los objetos como materiales jurídicos de dicho ordenamiento: "Constitución de la República italiana", "Código Civil del Reino de Italia", "Reglamento de la Cámara de los diputados", "Sentencia en la causa Ross v. Verdi", etc.

Identificación de las normas válidas. La identificación de las normas válidas se articula, a su vez, en dos fases. En la primera, el jurista obtiene un conjunto de normas válidas *prima facie* a partir de los materiales jurídicos. En la segunda, el jurista aísla, del conjunto de las normas válidas *prima facie*, el subsistema de las normas válidas *todo-considerado*.

El instrumento del que se sirve un jurista en la realización de estas operaciones es la *interpretación estática*. Esta consiste en una combinación de: 1) *interpretación literal* de los materiales jurídicos, seguida de la 2) *valoración teórica*, de la 3) *valoración sistemática* y, de ser el caso, de la 4) *reinterpretación sistemática* de los productos de la interpretación literal. Todo ello, como es sabido, a la luz del aparato de nociones elaborado por la teoría jurídica pura (concepto de norma jurídica, forma lógica de las normas, variedad de normas, relaciones estáticas entre normas, relaciones dinámicas entre normas, lagunas, conflictos normativos, validez) que funciona, como se ha visto, de laboratorio conceptual al servicio de la ciencia jurídica pura (cfr. *supra*, cap. V, § 3.).

La interpretación literal y la valoración teórica sirven para identificar las normas válidas *prima facie*. En cambio, la valoración sistemática y la reinterpretación sistemática sirven para identificar las normas válidas *todo-considerado*, examinando cada una de las normas válidas *prima facie* a la luz de otras normas válidas y de su respectiva ubicación en la *Stufenbau*, y modificando, si es necesario, su formulación, en presencia de conflictos entre normas de distinto nivel.

Mediante la interpretación estática, el jurista puro debe perseguir, con un poco más de detalle, los siguientes objetivos:

1. Distinguir los materiales jurídicos genuinos de los materiales espurios; estos últimos, contrariamente a las apariencias, no son idóneos para expresar normas válidas debido a la incompetencia absoluta del agente del que provienen, como en el caso (el ejemplo es tomado de Kelsen) de la orden de entregar la caja fuerte conminada por el "capitán" de Köpenick al funcionario que la custodiaba.
2. Excluir los materiales jurídicos genuinos que, por razones semánticas, se revelen no idóneos para expresar normas válidas: puesto que, por ejemplo, expresan invocaciones a las divinidades patrias, manifiestan la gratitud del pueblo por los padres fundadores, celebran el septuagésimo año de reinado del augusto monarca, o bien son puros sinsentidos o prescriben comportamientos necesarios o (devenidos) imposibles;
3. Excluir las normas válidas *prima facie* que han perdido la validez a causa de su persistente ineficacia (*desuetudo*);
4. Excluir las normas válidas *prima facie* que han perdido la validez en virtud de específicas normas de abrogación;
5. Identificar los conflictos entre normas pertenecientes al mismo nivel de la *Stufenbau* y los criterios que los jueces "deben" aplicar para resolverlos, destacando cuál de las normas en conflicto resultaría invalidada por cuál criterio[648];

[648] Sobre este tipo de conflictos normativos, es necesario tener presente, y comparar, KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pp. 209 ss., donde se sostiene que la descripción doctrinal es capaz, *como* descripción, de resolverlos por vía de interpretación ("im Wege der Interpretation"), sobre la base de criterios de resolución explícitos o (asumidos como) implícitos, describiendo el derecho vigente mediante un sistema

6. Identificar los conflictos entre normas pertenecientes a diferentes niveles de la *Stufenbau* y los criterios y los remedios que eventualmente podrían ser utilizados para eliminarlos, explicitando la cláusula alternativa que representa la parte inexpresa (tácita) de las normas de competencia superiores[649];
7. Identificar los casos de lagunas (ideológicas) "determinadas" y "colmadas" por los jueces[650];

---

de proposiciones jurídicas no contradictorias, con *Derogation, Recht und Logik*, y *Allgemeine Theorie der Normen*, en los cuales Kelsen, habiendo reconocido el error acerca de la aplicabilidad indirecta del principio de no-contradicción a las normas jurídicas (cfr., la ya citada carta a Ulrich Klug, fechada el 4 de julio de 1960, pp. 79-80), afirma expresamente que la ciencia jurídica, *en cuanto* auténtico conocimiento científico del derecho, no puede, propiamente hablando, resolver tales conflictos como si fuesen contradicciones lógicas, pudiendo solamente establecer su existencia, dejando su resolución a los actos de voluntad discrecionales de los órganos jurídicos o a las prácticas consuetudinarias abrogatorias. Cfr., por ejemplo, Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cap. 29, § 4: "die Rechtswissenschaft ebensowenig kompetent ist —etwa durch Interpretation—, vorhandene Normkonflikte zu lösen, das heißt, die Geltung von gesetzten Normen aufzuheben, wie Normen in Geltung zu setzen"; además, cap. 57, § 4. En ambas fases, sin embargo, la ciencia jurídica debe extraer los criterios de solución del derecho positivo, donde pueden estar expresamente formulados, o bien estar implícitos. Sobre este punto, véase antes, cap. V, §§ 3.3. y 3.4.

649 KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, pp. 271 ss.; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, c. 29, § 3.

650 Desde el punto de vista de la descripción teórica, en los ordenamientos jurídicos no hay verdaderamente lagunas en sentido propio, sino solamente lagunas ideológicas. Ello pues, según Kelsen, cualquier comportamiento está jurídicamente regulado: sea mediante una regulación positiva, sea mediante una regulación negativa. Kelsen mantiene esta posición en todas las fases de la TPD: cfr, por ejemplo, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. VI, §§ 41-43; Id., *General Theory of Law and State*, pp. 146 ss.; Id., *Science and Politics*, pp. 374-375; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 24 ss., 276 ss.; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, caps. 31 y 58, §§ 3-4. Se trata, sin embargo, de una posición discutible. Primero, como una tesis empírica, se revela falsa respecto a los ordenamientos positivos en los que valga el principio de *non liquet*: en ellos, en efecto, los jueces no se encuentran en la alternativa entre juzgar a favor *o* en contra de una de las partes. Segundo, como una tesis "lógica", basada sobre la idea de la regulación negativa, tácitamente vinculada sea con el "principio de prohibición" (norma general exclusiva), sea con la denominada norma general

8. Reformular las normas válidas *todo-considerado*, como resultan de las anteriores operaciones, en la forma lógica apropiada.

Descripción de las normas válidas. La tercera, y última, fase de la descripción doctrinal estática consiste en dar cuenta del conjunto de las normas válidas *todo-considerado* que, por hipótesis, forman el ordenamiento OG_i en el tiempo t_p, mediante proposiciones jurídicas. La descripción debe dar cuenta tanto de las normas generales como de las normas individuales (y, señaladamente, de las primeras a la luz de las segundas), destacando los conflictos, las presuntas lagunas colmadas por los jueces, los casos de normas individuales contrarias a normas generales superiores, válidas en virtud de la cláusula alternativa tácita. Se trata, como es obvio, de una descripción temporalmente condicionada, que requiere ser modificada en presencia de nuevos actos de producción, aplicación, abrogación de normas, dada la naturaleza fluida y la estructura dinámica de los ordenamientos jurídicos[651].

---

limitativa, se trata nuevamente de una tesis inaceptable: puesto que, bien vistas las cosas, la denominada regulación negativa *o bien no es* regulación *o bien es regulación positiva*, sea incluso en virtud de normas de clausura que se asumen implícitas o de técnicas interpretativas contingentes (piénsese en la adopción sistemática de una interpretación *a contrario*, con base en la cual la norma aplicable por el juez no es ya "Si A, debe ser B" sino "Solo si A, debe ser B"). Para una crítica a la posición de Kelsen en relación con el principio de prohibición, cfr., ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E. *Normative Systems*, 1971. Sobre este punto, véase antes, cap. V, § 5.6.

651 Aparentemente, Kelsen distingue dos tipos principales de proposiciones jurídicas: una proposición jurídica *simple*, que versa sobre una determinada norma primaria, y una proposición jurídica *compleja*, que busca describir una norma primaria conjuntamente con sus normas dependientes. La forma de una proposición simple puede ser el *elíptica* (en tal caso, se trata de un enunciado isomorfo respecto de lo que expresa la norma descrita en su forma lógica: "Si A, debe ser B"), o bien *completa* (*full-blown*) ("Según el ordenamiento jurídico OG_j, si A, debe ser B"). En *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen aclara, más allá de toda duda razonable: a) que las proposiciones jurídicas utilizan el verbo "*Sollen*" de un modo espurio (*unechte*); b) que pueden consistir en enunciados indicativos, en los cuales las normas válidas descritas son mencionadas (H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, cap. 38, § V, p. 125: "Statt von einer Doppelbedeutung, d.h. von einer vorschreibenden und einer beschreibenden Bedeutung des "Sollens" kann man auch von einem "echten" und einem "unechten" Sollen sprechen, und mit jenem das Sollen in den von der Moral— oder Rechtsautorität gesetzten Normen, mit diesem das Sollen in den Aussagen der Ethik und Rechtswissenschaft über die Geltung von Normen bezei-

Por cierto, se puede dudar de la efectiva posibilidad de llevar a cabo una descripción semejante, que pretende abarcar la totalidad de las normas válidas, generales *e* individuales, de un ordenamiento jurídico en un tiempo t_p. Se trata, en realidad, de un objetivo que, con todas las debidas diferencias, se asemeja mucho al perseguido por el juez Hércules de Ronald Dworkin. En esta ocasión, la cuestión puede ser dejada de lado. con una precisión, sugerida como de costumbre por el principio de interpretación simpatética: el modelo kelseniano de descripción estática debe ser entendido como un modelo ideal, que representa una fuente de inspiración y fija una meta a la que los juristas, en su actuar como científicos puros —en relación, generalmente, con sectores particulares de un derecho positivo—, solo pueden aproximarse.

6. *La descripción dinámica* es, como fuera dicho, una descripción dirigida al futuro. Consiste en proveer una "interpretación científica" (una "interpretación como acto de conocimiento") de las normas generales válidas (*todo-considerado*) de un ordenamiento OG_j,, de cara a, y "al servicio" de, su aplicación por parte de los jueces y de los demás órganos jurídicos. La interpretación científica identifica, para cada norma general (constitucional, legal, etc.) o, más precisamente, para el enunciado que la expresa ("Wortfolge, in denen sich die Norm ausdruckt"), el conjunto (el "marco": *Rahme*) de todos los posibles significados alternativos que puede asumir, con vista de la aplicación o concretización de la norma, y a la luz de los métodos (técnicas, cánones, criterios) interpretativos que pueden ser utilizados.

Tres puntos merecen ser destacados.

Primero, la interpretación científica no es un trabajo de sociología de la interpretación. No consiste en evidenciar y registrar las interpretaciones que de una determinada norma general (mejor dicho, de su formulación verbal) hayan sido, de hecho, propuestas por los órganos de aplicación en determinadas ocasiones. Tal actividad es necesaria, en cambio, en vista de la descripción estática de las normas (*in actu*) de un ordenamiento, ahí donde

---

chnen. Mann kann dabei von der Erwägung ausgehen, daß, wenn [...] in einem eine positive Rechtsordnung beschreibenden Lehrbuch der Satz steht: "Wenn ein Mensch stiehlt, soll er mit Gefängnis bestraft werden", [...] gemeint ist [...]: Die Norm gilt: "Wenn ein Mensch stiehlt, soll er mit Gefängnis bestraft werden""; cfr., también, *Allgemeine Theorie der Normen*, caps. 41 y 49).

ella da cuenta de las normas generales válidas, tal como son aplicadas para producir normas individuales.

Segundo, la interpretación científica consiste en la *prueba metodológica* de las normas generales válidas (mejor dicho, de su formulación verbal). Se trata, por lo tanto, de una actividad vinculada con una experiencia jurídica particular, que requiere un sólido conocimiento empírico de las actitudes metodológicas y de las praxis interpretativas de sus operadores jurídicos. Solo así, en efecto, es posible identificar las técnicas interpretativas que pueden ser utilizadas.

Tercero, desde el punto de vista de la interpretación científica, una norma general válida no es, bien vistas las cosas, *una* norma (*norma-mónada*) sino un *conjunto de normas alternativas* (*norma-marco*); de modo que la idea, querida por los formalistas, de una correspondencia biunívoca entre las "normas" y "sus interpretaciones" aparece en clara luz como teóricamente ilusoria e ideológicamente comprometida. Por ello es posible afirmar, como lo he mencionado, que la descripción dinámica es una descripción de normas válidas *en potencia*[652].

---

652 KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, §§ 33-40; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. VI; Id., *Science and Politics*, pp. 366 ss.; Id., *On Interpretation*, pp. xiii-xvii; Id., La *dottrina pura del diritto*, cap. VIII. Kelsen no dice nada de la forma de los enunciados que expresan las proposiciones que son el resultado de la actividad de interpretación científica. De un modo puramente experimental, se podrían distinguir dos tipos de aserciones: las *aserciones interpretativas conjeturales* y las *proposiciones jurídicas interpretativas*. La forma lógica de las aserciones interpretativas conjeturales, mediante las cuales los juristas formulan la interpretación científica de una norma, podría ser la siguiente: "La norma jurídica válida NG_i, en vista de su aplicación, significa o N_1 (según el método interpretativo MI_1), *o* N_2 (según el método interpretativo MI_2), *o* N_3 (según el método interpretativo MI_3), *o* N_1+N_4 (según los métodos interpretativos $MI_{1,4}$), *o* ... N_n (según el método interpretativo MI_n)". La forma lógica de las proposiciones jurídicas interpretativas podrían ser, análogamente, las siguientes: "Según la norma jurídica válida NG_i del ordenamiento OG_j, se prescribe *o* que si C_1, debe ser S_1 (según el método interpretativo MI_1), *o* que si C_2, debe ser S_2, según el método interpretativo MI_2), *o* que si C_3, debe ser S_3 (según el método interpretativo MI_3), *o* que si C_1 y C_4, debe ser S_1 (según los métodos interpretativos $MI_{1,4}$), *o* ... que si C_n, debe ser S_n (según el método interpretativo MI_n)". Naturalmente, los resultados interpretativos dependen no solamente del método sino también de los recursos interpretativos elegidos, es

La teoría kelseniana de la ciencia jurídica y la teoría kelseniana de la interpretación científica —se ha sostenido— serían irreconciliables. La primera pretende deducir *un* sistema de normas válidas de los materiales de un ordenamiento jurídico; la segunda, en cambio, sugiere que hay tantos sistemas como interpretaciones alternativas de las normas generales destacadas por las técnicas hermenéuticas que pueden ser utilizadas[653]. La reconstrucción que he proporcionado aquí acredita, sin embargo, una conclusión distinta. Podemos entender la dos teorías como perfectamente compatibles: como los dos lados de una concepción bifronte (*Janus-like*) del estudio doctrinal del derecho, en cuanto empresa genuinamente científica.

Como ya he señalado, en esta ocasión no me interesa valorar si la teoría kelseniana de la ciencia jurídica es una buena teoría. Más bien, me interesa establecer si ella puede ser entendida como una teoría que diseña un modelo de *conocimiento empírico* del derecho positivo, que sea distinto a la vez: (a) del conocimiento sociológico, que concierne a la eficacia de las normas y se centra en la explicación causal; (b) de la teoría general del derecho, que es analítico-comparativa y, además; (c) de la política del derecho *de iure condito*, que no es una forma de conocimiento y agota casi íntegramente a la "ciencia jurídica" tradicional. Ahora bien, a la luz de la reconstrucción precedente, considero sea posible dar una respuesta afirmativa al problema que me he planteado.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Me limitaré a recordar los puntos más destacados de mi argumentación[654].

1. *Realismo.* Una filosofía iusrealista presenta tres características principales: el antiformalismo, el empirismo, y el antinormativismo.

---

decir, los datos a los que se aplica el método. Esta complicación, sobre la que Kelsen no se detiene, puede ser omitida en esta ocasión.

653 Cfr., por ejemplo, GUASTINI, R. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996.

654 Se trata, como es obvio, de una argumentación sin pretensión de exhaustividad. Por ejemplo, he presentado un tercer argumento ("del contragolpe eséptico") en CHIASSONI, P. *Wiener Realism*, § 3.

2. *Antiformalismo*. La TPD ofrece una teoría general del derecho radicalmente antiformalista y anticonceptualista, que representa una crítica integral de las tesis teóricas y metodológicas del positivismo jurídico continental del siglo XIX, como surgen de las obras de Savigny, (el primer) Ihering, Windscheid, sus colegas iuspublicistas, sus seguidores y continuadores en el siglo XX.

3. *Empirismo*. La TPD se presenta como un intento muy sofisticado de aplicar una epistemología empirista a las investigaciones sobre el derecho. A lo largo de toda su extensa carrera de estudioso, Kelsen ha intentado construir un modelo de estudio doctrinal del derecho que, aunque partiendo del asunto de la normatividad del derecho positivo (de su ser conjunto de normas válidas), pudiera satisfacer los requisitos empiristas de cientificidad, distinguiéndose al mismo tiempo *tanto* de la sociología del derecho y de la teoría general, *como* de la "ciencia jurídica", tal como era tradicionalmente concebida y practicada[655]. En razón de este objetivo, Kelsen se ha encontrado en posiciones distintas respecto a los realistas "autoproclamados", quienes, por el contrario, tienden a agotar el conocimiento científico del derecho en el conocimiento sociológico y, en consecuencia, a concebir el estudio doctrinal del derecho como una empresa necesariamente no científica, dominada por ideologías y políticamente comprometida.

4. *Antinormativismo*. En lo que respecta, finalmente, al antinormativismo, a menudo evocado en la forma del contraste entre concepciones del "derecho como hecho" y concepciones del "derecho como norma", la posición de la TPD consiste, bien vistas las cosas, en un descabalamiento. Toda la teoría del derecho de Kelsen sugiere que haríamos bien en liberarnos, sea del realismo ingenuo, sea del normativismo ingenuo, en cuanto posiciones antitéticas, adoptando, en cambio, una posición intermedia, representada por un normativismo realista y, en tal sentido, crítico.

El realismo ingenuo es una filosofía jurídica *comportamentista* (*behaviourist*, conductista), por la cual los discursos en términos de normas son un disfraz teórico, y los derechos y los deberes jurídicos son cancelados (considerados ilusorios y teóricamente inútiles) sobre el altar de una concepción rigurosamente predictiva de la ciencia jurídica. Desde la óptica de la TPD,

---

655 Cfr., nuevamente, KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, p. 60 nota*); además, Id., *La teoría pura del derecho*, pp. 31-32, y § 17.

sin embargo, se trata de una posición discutible. De un lado, presenta el punto de vista del "derecho como hecho" como si fuese la única perspectiva teórica disponible; como si no dependiese, también ella, de una opción epistemológica fundamental que, lejos de poderse dar por descontada, requiere de una adecuada justificación. De otro lado, reduce el conocimiento científico del derecho a un conocimiento sociológico (explicativo causal y) predictivo, excluyendo que el estudio doctrinal del derecho pueda, en ciertas condiciones, ser también un estudio científico del derecho.

El normativismo ingenuo sostiene que conocer el derecho es conocer el contenido de normas válidas, asumiendo una concepción objetivista de las normas, es decir, considerándolas como datos objetivos, "ahí afuera", y a la espera de ser descubiertos sea por los órganos de aplicación, sea por los juristas. Desde la óptica de la TPD, sin embargo, también en este caso estamos ante una posición discutible. De un lado, al igual que el realismo ingenuo, el normativismo ingenuo presenta el punto de vista del "derecho como norma" como si fuese la única perspectiva teórica disponible; como si, una vez abandonado el terreno superficial del (pretendido) sentido común, no dependiese también ella de una opción epistemológica fundamental. De otro lado, adopta una concepción de las normas jurídicas desmentida por la experiencia. Porque, como la teoría pura del derecho sugiere, las normas generales de las constituciones y de las leyes no son sino productos *semielaborados*, *normas-marco* cuya aplicación siempre y necesariamente depende de un acto de interpretación auténtica por los órganos inferiores.

No queda, entonces, sino adoptar el normativismo realista. Este también asume que el derecho está compuesto de normas pero se da, sin embargo, sobre la base de una opción metodológica clara y cándidamente puesta sobre la mesa, sin adelantar ninguna pretensión de exclusividad. Adopta, además, una teoría de las normas jurídicas corroborada por la experiencia, considerándolas, o bien como normas-mónadas *in actu*, fijadas en cada momento por la eternidad en cuanto resultados de juegos de producción-aplicación ya acabados, y susceptibles, en tanto que fijadas en juegos acabados, de una descripción estática; o bien como normas-marco *in potentia*, susceptibles de una descripción dinámica al servicio de futuras aplicaciones.

Conclusiones provisionales

"La institución jurídica se basa [...]
sobre la idea de una responsabilidad y de una culpa personal,
además de la idea, combinada con la anterior,
de una conciencia que funciona a plenitud.
Los problemas de carácter moral y jurídico no son ciertamente iguales,
pero ambos se basan sobre la idea de persona,
de personas que responden por sus propios actos,
y no sobre aquella de sistemas o de organizaciones"

Hannah Arendt

La presente era, a menudo definida sirviéndose del neologismo "globalización", es saludada por algunos como precursora del triunfo definitivo de la ciencia y de la técnica sobre las disciplinas "humanistas": una etiqueta, esta última, usada no raramente con indisimulados intentos difamatorios.

En la jurisprudencia, la disputa entre disciplinas técnico-científicas y disciplinas humanistas asume, a veces, los ropajes de la contraposición artificiosa entre las materias "positivas" y las denominadas materias "culturales": económicas, filosóficas, romanistas, sociológicas, históricas, teóricas.

Las primeras serían formativas y profesionalizantes. Las segundas, en cambio, serían digresivas y, por tanto, en este sentido, "negativas". Lejos de constituir un complemento imprescindible de las disciplinas positivas en la formación de juristas capaces de actuar conscientemente en toda latitud, tendrían el vicio imperdonable de apartar a los aspirantes a juristas de su vocación genuina.

La filosofía del derecho positivo de orientación analítica —a la luz de los acontecimientos que he intentado reconstruir en los capítulos precedentes— representa, sin embargo, un metódico desmentido de la idea acerca de la exclusiva idoneidad formativa de las ciencias jurídicas particulares.

La reflexión lúcida y distanciada sobre los conceptos jurídicos fundamentales, y sobre los problemas que pueden surgir en relación con su

empleo en el ámbito de la dogmática jurídica, el análisis desapasionado de las ideologías y de las metodologías interpretativas de los juristas y de los jueces, el desvelamiento de la naturaleza irremediablemente instrumental de las construcciones doctrinales (que impide el escape en los castillos de palabras del conceptualismo), las investigaciones sobre los tipos y las formas de las normas jurídicas, las búsquedas metodológicamente advertidas sobre lagunas, antinomias y sistematización del derecho, la determinación de los confines entre el conocimiento del derecho y la política del derecho, destacando la omnipresencia de esta última, incluso cuando se intenta negar su existencia, la sistemática desmitificación de los lugares comunes del pensamiento jurídico, son operaciones estatutariamente ajenas a las ciencias jurídicas sectoriales, pero igualmente necesarias para la formación de los juristas, ya que les proveen, retomando las palabras de John Austin, las "claves" de la ciencia del derecho.

Y, ciertamente, sin los instrumentos forjados o afinados por la filosofía analítica del derecho positivo, la pretendida profesionalización de los aspirantes a juristas está destinada a revelarse como ilusoria.

De un lado, los conocimientos que las disciplinas positivas imparten están destinados a una rápida obsolescencia, en el girar vertiginoso de las fuentes concurrentes producidas sin tregua por una pluralidad de ordenamientos, a veces de incierta identidad, sincrónicamente vigentes y diacrónicamente cambiantes.

Del otro, bajo la presión de objetivas exigencias didácticas, tales conocimientos están raramente dotados de una gramática del saber jurídico: de un aparato de conceptos y de técnicas que habilite a un uso consciente y responsable o, según el caso, conscientemente irresponsable, de los materiales jurídicos en los distintos sectores (ciertamente, las palabras de Hannah Arendt valen, con las debidas adaptaciones, también para los operadores del derecho). Sin dicho aparato, el operador del derecho actúa al azar y, al realizar tareas a veces de extrema relevancia y delicadeza, solo puede confiar en la felicidad de su intuición.

Por estas razones, parafraseando una afirmación del jurista victoriano Albert Venn Dicey, se puede considerar que, indudablemente, si una filosofía del derecho "sin derecho" sería vana y, viéndolo bien, inconcebible, es igualmente indudable que las ciencias jurídicas sectoriales, sin el aporte de la

filosofía analítica del derecho, tendrían una visión bastante menos penetrante del fenómeno jurídico, y del rol de quienes las cultivan, en relación con este.

Por otra parte, desde sus orígenes benthamianos, la irrupción de la filosofía analítica del derecho positivo se presta a una lectura adicional y más áulica, a la cual he hecho muchas veces alusión en las páginas precedentes.

En esta perspectiva, la filosofía analítica del derecho positivo constituye el intento metódico —realistamente utópico— de someter la jurisprudencia (*iuris prudentia*, *scientia iuris*) —y, a través suyo, a la práctica jurídica— al dominio de la razón. No ya, como decía, el dominio de la Razón diamantina, apriorista y divinizada de la Ilustración oficial, sino, como se ha podido constatar *in corpore vili*, de una razón analítica, prudente y terrena, consciente de sus propios límites, pero también de las propias, no irrelevantes, potencialidades; atenta, ante todo, a captar el detalle de las cosas (y en el detalle, "el anillo que no tiene, el punto muerto del mundo"), pues reconoce en ello la vía más segura para comprender las construcciones intelectuales, que son la impalpable y prodigiosa materia de la cual está hecho el derecho.

Índice de autores

Agnelli, A., 163, 165, 184, 223

Albert, H. 264

Alchourrón 73, 106, 140, 186, 210, 278, 281, 327, 357, 360, 489

Alexy, R., 21, 254

Amos, S. 156, 223

Ascarelli, T. 25, 26, 298

Aubry 287, 302, 306, 321, 329, 340

Baratta, A. 161

Barberis, M 21, 39, 156, 223, 243, 331, 450

Baudry-Lacantinerie 302, 321

Bayón, J.C., 89, 155

Bentham, J.

Benvenuti 40

Bersier Ladavac, N. 403

Blackburn, S. 304

Bobbio, N. 15, 23, 56-57, 60, 106, 116, 143-144, 147, 153-155, 158, 181, 187, 196, 211, 228, 250, 261, 266, 282-285, 296, 302, 309, 312, 372, 414, 423, 450, 466

Bonnecase, J. 301-312, 328, 329, 332

Brugi, B. 22

Brunetta D'usseaux 46

Bulygin, E. 21, 73, 106, 116, 186, 210, 270, 281, 282, 327, 357, 360, 377, 379, 393, 397, 405, 455-459, 489

Burns, J.H. 27, 82, 84, 92,

Canale, D. 40

Cappellini, P. 21, 22, 245

Carnap, R 34

Carré De Malberg, R. 372

Carrió, G.R. 289, 444

Castignone, S. 51

Catania, A 21

Cattaneo, M. A. 24, 302

Celano, B. 372, 406, 450

Chiassoni, P.

Cicerón, M.T. 161, 439

Coleman, J.L. 89

Comanducci, P. 21, 76, 401, 450, 461

Conte, A.G. 187, 210, 409

Conte, E. 40
Cotterrell, R. 155

D'agostini, F. 23
De Aquino, Tomás 57, 161,
De Marini Avonzo, F. 229, 235,
Del Vecchio, G. 256, 284
Demolombe, C. 302, 305-307, 312, 328, 329-330, 336, 337
Di Bernardo, G. 105
Dias, R.W.M. 155
Dinwiddy, J. 32

Ebenstein, W. 372
Eco, U. 296
Endicott, T. 56

Facchi, A. 181
Fassò, G. 15, 21, 223, 243, 331
Ferrajoli, L. 21, 206-208
Ferrante, R. 304
Ferrer Beltrán, J. 101
Ferrer, J. 210
Friedman, L.M. 241
Frosini, V. 21
Frydman, B. 306

Gavazzi, G. 181
Gentili, A. 40
Gény, F. 302, 304, 306, 311, 319, 321, 327, 332, 336
Gianformaggio, L. 158, 461
Grice, P. 189
Grozio, U. 292
Guastini, R 21, 42, 74, 101, 158, 181, 187, 190, 201, 210, 211, 279, 289, 396, 401, 409, 444, 457-459, 461, 492

Hacker, P.M.S. 42, 43, 181
Hägerström 51
Hart, H.L.A. 15, 23, 24, 27, 36, 37, 42, 43, 44, 46, 48, 52, 54, 59, 63, 82-86, 94-96, 102, 136, 156, 165, 166, 168, 170, 181, 183, 189-192, 194-195, 201, 205, 214, 223, 257, 285, 289, 372, 448, 450
Heidemann, C. 376, 380, 387, 397
Heinecke, J.G. 322
Hobbes, T
Hohfeld, W.N. 423, 447
Holmes Jr., O.W 199-200
Houques-Fourcade 321
Husson, L. 310, 319

James, M.H. 34, 53, 82, 102
Jethro Brown, W. 156
Jori, M. 21

Kant, I.
Kastner, B. 247
Kelsen, H.

Klug, U. 403, 466, 473, 488
Kramer, M.H. 89

Lacey, N. 223
Lagerspetz, E. 42, 201
Laurent, F. 302, 310-337, 362, 369
Lazzaro, G. 350
Lecaldano, E. 158
Leibniz, G.W. 17, 106, 293, 297-301, 318, 444
Levi, A. 56
Lieberman, D. 37
Lindhal, L. 106
Lombardi Vallauri, L. 158
Losano, M.G. 228, 379, 405
Lundstedt 51
Lysaght, L.J. 117

MacCormick, N. 175, 187-191
Mailher De Chassat, M.A. 306, 310, 318, 320, 323, 326, 328, 332
Maine, H.S. 222
Marcadé, V. 287, 302, 305-309, 316, 317
Marini, G. 228, 229, 235
Markby, W. 156
Marshall, G. 84
Marx, K. 228
Mazzacane, A. 231, 337
Mazzarese, T., 106, 401
Merkl, A. 69, 372, 395, 403, 468
Métall, R.A. 374
Mill, James. 34
Moreso, J.J. 24, 47, 72, 89, 106
Morison, W. 166, 223
Mortara Garavelli, B. 46

Negri, A. 21
Nino, C.S. 15, 154, 309, 458

Olivecrona, K. 36, 51, 72, 194

Paresce, E 21
Paton, G.W. 155
Paulson, S. 372, 376, 379, 388, 397, 420, 421
Pelliccioli, L. 294
Perassi, T. 211
Poggi, F. 123, 127
Postema, G.J. 24, 37
Prieto, L. 250
Prior, A.N 106
Pufendorf, S. 17, 35, 36, 57, 58, 91, 92, 140, 185, 293-297, 300-301, 318, 444

Quaglioni, D., 84

Rau 302, 306, 321, 329, 340
Raz, J. 21, 24, 72, 102, 106, 183
Ricciardi, M. 223
Roehrssen, C. 372

Romano, S. 252-254, 282
Ross, A. 15, 23, 60, 127, 143, 155, 221, 281, 302, 372, 406, 455, 473, 482, 486

Schauer, F. 210, 285
Schofield, P. 24, 59, 63-64
Searle, J. 197-198, 269
Smith, A. 33-34
Solari, G. 226, 228
Spaak, T. 210
Stephen, L. 27, 52

Tabucchi, A. 422
Tarello, G. 23, 58, 228, 229, 294, 297-298, 302-303, 306, 308, 310, 312, 321, 325, 368
Thibaut, A.F.J. 159, 229, 320, 322
Thon, A. 17, 15-57, 60, 144, 154, 172, 184, 199, 227, 232, 244, 248-250, 251-285
Treves, R. 372, 381
Troper, M. 482
Twining, W. 24

Villar Borda, L. 372
Von Jhering, R.
Von Savigny, F.C.
Von Wright, G.H. 60, 99-100, 104-109, 278, 281, 423, 433

Waldron 40
Walter, R. 372-373, 376
Weber 34, 135, 376, 380
Wilhelm, W. 17, 106, 228-229, 248, 297, 350, 380, 382
Windscheid, B. 17, 22, 248, 254, 288, 290, 361-367, 369, 467, 493

Zagrebelsky, G. 250
Zorzetto, S. 40

En El Texto Están Con Minúscula El Autor Pero Debería Ir En Mayúscula

Guastini, R., Cfr., Por Ejemplo, *Il Diritto Come Linguaggio*, P. 98; Id., *Lezioni Di Teoria Generale Del Diritto E Dello Stato*

Cfr. M.M. Mailher De Chassat, Traité De L'interprétation Des Lois, P. 3.

Referencias bibliográficas

AA.VV., *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, en: P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004.

AGNELLI, Arduino, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1959.

ALCHOURRÓN, Carlos, *On Law and Logic*, en: "Ratio Juris", 9, 4, 1996, pp. 331-348.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975), Buenos Aires, Astrea; tr. it., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 2005.

___. *La concepción expresiva de las normas* (1981), en: Idd., *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 121-153.

ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992; tr. it., *Concetto e validità del diritto*. Torino: Einaudi, 1997; tr. esp. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALLEGRETTI, Umberto, *Globalizzazione e sovranità*, en: "Democrazia e diritto", 1995, 3-4, pp. 47 ss.

AMOS, Sheldon, *The Science of Law*. London: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co., 1896.

AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), con Introducción de H.L.A. Hart. New York: The Noonday Press, 1954; tr. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*. Bologna: Il Mulino, 1995; tr. esp. (parcial), *Primera lección de "La delimitación del ámbito de la teoría del Derecho"*, en: Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.) *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica. 1994, pp. 178-201.

___. *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*. Quinta edición revisada y editada por R. Campbell. 2 vols., Londres: Murray, 1885.

___. *How to Do Things with Words*. Cambridge, Massachusetts.: Harvard University Press, 1962; tr. esp., *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona – Buenos Aires: Paidós, 1982.

BAKER, G.P., *Defeasibility and Meaning*, en: P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press. 1997, pp. 26-57.

BARBERIS, Mauro, *Una critica realista a Kelsen. In margine ad un saggio di Enrico Pattaro*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 13, 1983, pp. 215-232.

___. *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*. Bolonia: Il Mulino, 1993.

___. *Introduzione all'edizione italiana*, en: J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*. Bologna: Il Mulino. 1995, pp. 9-42.

___. *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

___. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonia: Il Mulino, 2004.

___. *Tradizioni, teorie, valori. Sulla storia della filosofia analitica del diritto*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 24, 2004, pp. 517-530.

___. *Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico*, en: "Rivista di filosofia del diritto", IV, 1, 2015, pp. 107-118.

BAYÓN, Juan Carlos, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, en Zapatero, V. (coord.) *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Vol 2, 2002, pp. 33-54.

BENTHAM, Jeremy, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*. J.H. Burns y H.L.A. Hart (eds.). Londres: University of London – The Athlone Press, 1977.

___. *A Fragment on Government* (1776). J.H. Burns y H.L.A. Hart (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

___. *Of Laws in General* (1782). J.H. Burns y H.L.A. Hart (eds.). Londres: University of London – The Athlone Press, 1970; nueva edición, a cargo de P. Schofiled, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2010.

___. *Of Ontology* (1813-1821 aprox.); tr. fr., *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*. P. Schofield (ed.). París: Éditions du Seuil, 1997.

___. *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. Everett. Nueva York: Columbia University Press, 1945.

___. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789. H.L.A. Hart (ed.). Londres: Methuen, 1982; tr. esp., *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires: Claridad, 2008.

BERSIER LADAVAC, Nicoletta (ed.), *Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla Dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*. Milano: Giuffrè, 2003.

BIX, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*. Segunda edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.

BLACKBURN, Simon, *Think. A Compelling Introduction to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BOBBIO, Norberto, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli. 1994, pp. 320 ss.; tr. esp., *Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*, en: Ruiz Miguel (ed.) *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.

___. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.

___. *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, 1954, en: Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*. Napoli: Esi, 1992, pp. 15-39; originariamente en: Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli. 1955, pp. 75-107.

___. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1955.

___. *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958.

___. *Recensione del libro: A. Wood, Bertrand Russell, scettico appassionato*, en: "Rivista di filosofia". 1961, pp. 230-232.

___. *Lacune del diritto* (1964), en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 99 ss.

___. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità, 1965; tr. esp., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta, 2015.

___. *Obbligo giuridico* (1966), en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 245-256.

___. *Sanzione* (1969), en: Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 307-333.

___. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1970.

___. *Le bon législateur*, en: "Logique et analyse", 14, 1971, pp. 243 ss.

___. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, 1977.

___. *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra*. Torino: Giappichelli, 1979; tr. esp., *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*. Madrid: Debate, 1993.

BONNECASE, Julien, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctirne et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*. París: De Boccard, II ed., 1924.

BORK, Robert H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, en: "Indiana Law Journal", 47, 1971, pp. 1-35.

BROWN, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law. Being an Edition of Lectures I, V, and VI of Austin's "Jurisprudence" and of Austin's "Essay on the Uses of the Study of Jurisprudence" with Critical Notes and Excursus*. London: Murray, 1912, pp. xi-xii.

BRUGI, Biagio, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*. Milano: Società Editrice, 1907.

BRUNETTA D'USSEAUX, Francesca (ed.), *Le finzioni nel diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.

BULYGIN, Eugenio, *Time and Validity* (1981); tr. it., *Tempo e validità*, en: Id., *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 65-88.

___. *Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho* (1983); tr. it., *Sul problema dell'applicabilità della logica al diritto*, en: Id., *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 141-158.

___. *Cognition and Interpretation of Law*, en: L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 11-35.

___. *Lógica deóntica*, en: Alchourrón C.E. (ed.), *Lógica*. Madrid: Trotta. 1995, pp. 129 ss.; tr. it., *Logica deontica*, en: Id., *Il positivismo giuridico e altri saggi di teoria del diritto*. Milano: Giuffrè, 2007.

___. *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, en: Id., *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli. 1995, pp. 189-213.

BURNS J.H., *Hart H.L.A. Introduction*, en: J. Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, pp. xix-li.

CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996.

CAPPELLINI, Paolo, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1985.

___. *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, en: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè. 1992, vol. XLIV, pp. 162-181.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARNAP, Rudolf, *Philosophy and Logical Syntax*, 1935; tr. it., *Filosofia e sintassi logica*. Pisa: ETS, 1996.

CARRÉ DE MALBERG, René, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement a sa formation*. París: Sirey, 1933.

CARRIÓ, Genaro R, *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

CASTIGNONE, Silvana (ed.), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*. Bolonia: Il Mulino, 1981.

CATANIA, Alfonso, *Manuale di teoria generale del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1998.

CATTANEO, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*. Milano: Giuffrè, 1962.

___. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Giuffrè, 1966.

CELANO, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*. Bolonia: Il Mulino, 1999.

___. *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, en: "Law and Philosophy", 19, 2000, pp. 176 ss.

___. *Validity as Disquotation*, en: P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2000, pp. 35-78.

___. *Positivismo giuridico, giusnaturalismo, e pluralismo etico*, ponencia presentada en la "I Giornata Ligustica di Teoria del Diritto", realizada en Génova, el 24 de mayo de 2004, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 35, 2005.

CHIASSONI, Pierluigi, *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, en: P. Comanducci, E. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2000.

___. *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un* vademecum *giuridico*, en: F. Brunetta d'Usseaux (ed.), *Le finzioni del diritto*. Milano: Giuffrè. 2002, pp. 59 ss.

___. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonia: Il Mulino, 2007.

___. *La defettibilità nel diritto*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXVIII, 2, 2008, pp. 471-506.

___. *Hans Kelsen: realismo teorico e politica del diritto*, en: Id., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*. Roma: Aracne, 2011, pp. 217-227.

___. *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*. Modena: Mucchi, 2013.

___. *Wiener Realism*, en: L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Oxford - Portland: Hart, 2013, pp. 131-162.

___. *Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico*, en: "Rivista di filosofia del diritto", IV, 2, 2015, pp. 335-358.

___. *Kelsen y el iusnaturalismo*, en: "Analisi e diritto", 2015, pp. 277-310.

___. *Luci e ombre nella Realistic Jurisprudence di Alf Ross*, en: "Analisi e diritto", 2015, pp. 323-356.

___. *El placer discreto del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

CICERONE, Marco Tullio, *De republica*, tr. it., *Lo Stato*, en Id., *Opere politiche e filosofiche*, vol. I, L. Ferrero y N. Zorzetti (eds.). Torino: Utet, 1974; tr. esp., *Sobre la República*. Madrid: Gredos, 1984.

COLEMAN, Jules, *Second Thoughts and Other First Impressions*, en: Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 265 ss.

___. *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

___. *Methodology*, en: J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: University Press, 2002, pp. 311-351.

COMANDUCCI, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*. Torino: Giappichelli, 1991.

___. *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, en: Id., *Assaggi di metaetica due*. Torino: Giappichelli, 1998, pp. 139-158.

CONTE, Amedeo G., *In margine all'ultimo Kelsen* (1967), en: Id., *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*. Torino: Giappichelli, 1997, pp. 391 ss.

___. *Materiali per una tipologia delle regole*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXV, 1985, pp. 67 ss.

COTTERRELL, Roger, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*. Londres: Butterworths, 1989.

D'AGOSTINI, Franca, *Che cosa è la filosofia analitica?*, en: F. D'Agostini, N. Vassallo (eds.), *Storia della filosofia analitica*. Torino: Einaudi, 2002, pp. 25-76.

D'AQUINO, Tomás, *La legge. Summa Theologiae*, Ia-IIae, A. Baratta (ed.). Milano: Giuffrè, 1965; tr. esp., *La ley*. Barcelona: Labor, 1936.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, VIII ed., 1952.

DE MARINI AVONZO, Franca, *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*. Torino: Giappichelli, 1995.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, vol. I, París: Durand-Hachette, 1869.

DIAS, R.W.M., *Jurisprudence*. Londres: Butterworths, 1985.

DIKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*. Oxford-Portland: Hart, 2001.

DINWIDDY, John. *Bentham*, 1989; tr. esp. *Bentham*. Madrid: Alianza, 1995.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1985; tr. esp., *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2012.

___. *Law's Empire*, Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1986; tr. esp., *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988.

___. *Legal Theory and the Problem of Sense*, en: R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 9-20.

___. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, en: "Philosophy and Public Affairs", 25, 1996, pp. 87 ss.

___. *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", 24, 2004, pp. 1-37.

EBENSTEIN, William, *La teoría pura del derecho*. México - Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1947.

ECO, Umberto, *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani, 1990.

EDGEWORTH, B., *Legal Positivism and the Philosophy of Language: a Critique of H.L.A. Hart's 'Descriptive Sociology'*, en: "Legal Studies", 6, 1986, pp. 115-139.

ENDICOTT, Timothy, *Law and Language*, en: J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 941 ss.

FACCHI, Alessandra, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*. Torino: Giappichelli, 1994.

FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*. Edición actualizada a cargo de C. Faralli. Roma-Bari: Laterza, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *La semantica della teoria del diritto*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Milano: Comunità, 1983, pp. 113 ss.

___. *Il diritto come sistema di garanzie*, en: "Ragion Pratica", 1, 1993, pp. 143-161.

___. *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milano: Anabasi, 1995.

___. *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto*, en: L. Lombardi (ed.), *Logos dell'essere logos della norma*. Bari: Adriatica, 1999, pp. 907-950.

___. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma-Bari: Laterza, 1999.

___. *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, en: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano: Feltrinelli, 2002, pp. 349-386.

___. *Democrazia costituzionale e principio di maggioranza*, en: AA.VV., *Lo stato della costituzione italiana e l'avvio della costituzione europea. Atti dei Convegni Lincei 197*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, pp. 117-126.

___. *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, en: P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 331-350.

___. *La pragmatica della teoria del diritto*, en: P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 351-375.

___. *Per un costituzionalismo di diritto privato*, en: "Rivista critica del diritto privato", 22, 2004, pp. 19 ss.

FERRANTE, Riccardo, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002.

___. *Università e cultura giuridica a Genova tra Rivoluzione e Impero*. Génova: Actas de la Società Ligure di Storia Patria, 2002.

FERRARESE, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FRIEDMAN, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975); tr. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. Bolonia: Il Mulino, 1978.

FROSINI, Vittorio, *Teoria generale del diritto*, en: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, vol. XIX, 1977, pp. 5-7.

FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison* juridique. Bruselas: Bruylant, París: L.G.D.J, 2005.

GAVAZZI, Giacomo, *In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, en: "Rivista di Filosofia", 1966, pp. 165-174.

___. *L'onere tra libertà e obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., Paris: L.G.D.J., I ed. 1899, II ed., 1919; tr. esp., *Método de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Scienza giuridica e metalinguaggio*, en: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Torino: Giappichelli, 1994, pp. 183-218.

___. *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause*, en: L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 257-273.

GROZIO, Ugo, *De iure belli ac pacis*, 1625; tr. fr., *Le droit de la guerre et de la paix*. París: Presses Universitaires de France, 1999.

GUASTINI, Riccardo, *I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, en: "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 38, 1984, pp. 655 ss.

___. *Produzione di norme a mezzo di norme*, en: L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Gli orizzonti della giustificazione in diritto e morale*. Roma-Bari: Laterza, 1986, pp. 173 ss.

___. *Dalle fonti alle norme*. 2ª edic. Torino: Giappichelli,1992.

___. *Tre domande a Francesco Viola*, en: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Torino: Giappichelli, 1994, pp. 219-240.

___. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996; tr. esp., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

___. *Conoscenza senza accettazione*, en: L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 373 ss.

___. *Scienza giuridica*, en: *Digesto*, IV ed., vol. XVIII Civile. Torino: Utet, 1999, pp. 175-180.

___. *Teoria generale del diritto*, en: *Digesto*, IV ed., vol. XIX Civile. Torino: Utet, 1999, pp. 315-321.

___. *Il diritto come linguaggio. Lezioni*. Torino: Giappichelli, 2001.

___. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001.

___. *"Sollsätze". An Exercise in Hard Legal Positivism*, en: P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli, 2001, pp. 103-116.

___. *Lezioni di teoria generale del diritto e dello stato*. Torino: Giappichelli, II ed., 2006.

___. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; tr. esp., *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

___. *La sintassi del diritto*. Segunda edición. Torino: Giappichelli, 2014.

HACKER, Peter M.S., *Sanction Theories of Duty*, en: A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series. Oxford: Clarendon Press, 1973, pp. 130 ss.

___. *Hart's Philosophy of Law*, en: P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.

HART, Herbert L.A., *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)*, en: "The American Journal of Comparative Law", 2, 1953, pp. 355-364.

___. *Definition and Theory in Jurisprudence* (1954), en: Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 21 ss.

___. *Introduction*, en: J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York: The Noonday Press, 1954.

___. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, en: "University of Pennsylvania Law Review", 105, 1957, pp. 953-975.

___. *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), en: Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 49 ss.

___. *The Concept of Law* (1961). Segunda edición con *Post scriptum*, editada por Bulloch y J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994; tercera edición con introducción de L. Green. Oxford: Oxford University Press, 2012.

___. *Legal Duty and Obligation* (1966), en Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon, Press, 1982, pp. 127-161.

___. *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence* (1970), en: Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 265-277.

___. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

HEIDEMANN, Carl, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*. Baden-Baden: Nomos, 1997.

HEIDEMANN, Carsten., *Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S.L. Paulson*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", 19, 1999, pp. 345-350.

HOBBES, Thomas, *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill* (1651), J.C.A. Gaskin (ed.). Oxford-New York: Oxford University Press, 1996; tr. esp., *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

___. *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* – Leibniz, G.W., *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure*

collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione, con un studio preliminary de T. Ascarelli. Milano: Giuffrè, 1966; tr. esp., *Diálogo entre un filósofo y un jurista, y escritos autobiográficos*. Madrid: Tecnos, 2013.

HOHFELD, Wesley N., *Some Fundamental Judicial Conceptions as applied in Legal Reasoning*, 1913; tr. it., *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziale*, en: Id., *Concetti giuridici fondamentali*, a cargo de M.G. Losano. Torino: Einaudi, 1969; tr. esp., *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara, 2004.

HOLMES, Oliver W. Jr., *The Path of the Law* (1897), en: Id., *The Holmes Reader*, New York, Oceana, 1955; tr. esp., *La senda del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HUSSON, L., *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, en: "Archive de Philosophie du Droit", 1976, pp. 118 ss.

JAMES, M.H., *Introduction*, en: Id. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, en: "Northern Ireland Legal Quarterly", 24, 1973, pp. 4 ss.

JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), tr. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: SEI, 1912.

___. *Allgemeine Staatslehre* (I ed., 1900; II ed. 1905), tr. it. *La dottrina generale dello Stato*, vol. I. Milano: SEI, 1921.

JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig Breitkopf und Härtel, I ed., 1852-1865, II ed., 1873-1877; tr. fr. della II ed., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1880; tr. esp., *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 2011.

___. *Unsere Aufgabe* (1857), tr. it., *Il nostro compito*, en: Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 8 ss.; tr. esp., *Nuestra tarea*, en: Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad, N° 4, marzo-agosto 2013, pp. 234-275.

___. *Friedrich Karl von Savigny*, en: "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", V, 1861, pp. 354-377, tr. it., *Friedrich Karl von Savigny*, en: Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, pp. 49-70; tr. esp., *Savigny*, en: Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.) *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica. 1994, pp. 32-48.

___. *Der Zweck im Recht* (1878; ult. ed. 1884); tr. it., de la última edición a cargo de M.G. Losano, *Lo scopo nel diritto*. Torino: Einaudi, 1972; tr. esp., *El fin en el derecho*. Granada: Comares, 2011.

___. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Berlin, 1884, IV ed. 1891, tr. it., *Serio e faceto nella giurisprudenza*. Florencia: Sansoni, 1954; tr. esp., *Bromas y veras en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*. Madrid: Civitas, 1987.

JORI, Mario, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*. Milano: Giuffrè, 1976.

___. *Saggi di metagiurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1985.

___. *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*. Milano: Giuffrè, 1987.

___. *Teoria generale del diritto*, en: M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*. Segunda edición. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 349-355.

KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781; tr. it., *Critica della ragion pura*. Introducción, traducción y notas de P. Chiodi (1986). Milano: TEA, 1996; tr. esp., *Crítica de la razón pura*. Madrid: Taurus, 2013.

___. *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it., *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1989; tr. esp., La metafísica de las costumbres. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005.

KASTNER, Berthold, *Karl Magnus Bergbohm – Werk und Wirkung*, en: "Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie", 84, 1998, pp. 232-249.

KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911); tr. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*. Napoli: Esi, 1997.

___. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911); tr. it., *Tra metodo giuridico e sociologico*. Napoli: Guida, 1974.

___. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (1920); tr. it., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989.

___. *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920); tr. it., *Essenza e valore della democrazia*, en: Id., *Essenza e valore della democrazia*. Torino: Giappichelli, 2004; tr. esp. *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*. México: Ediciones Coyoacán, 2005.

___. *Gott und Staat*, 1922/23; tr. ing., *God and the State*, en: Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht: Reidel, 1973, pp. 61-82.

___. *Allgemeine Staatslehre* (1925); tr. esp., *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002.

___. Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. *Die erste autobiographische Skizze* (1927), tr. it., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, en: H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cargo de S. Paulson. Napoli: Esi, 1992.

___. *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928); tr. it., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, en: Id., *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 143-214; tr. esp., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. México: UNAM, 2001.

___. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1929); tr. it., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, en: Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano: Etas, 1966.

___. *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*, 1933; tr. esp., *La teoría pura del derecho*, 1934. México: Colofon, 1990.

___. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934); tr. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1967.

___. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, en: "Harvard Law Review", 55, 1941, pp. 44-70; tr. esp., *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, en: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada. 1946, pp. 207 – 238; también en, Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.) *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica. 1994, pp. 202 – 231.

___. *Law and Peace in International Relations* (1942); tr. esp., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

___. *Peace through Law* (1944); tr. esp., *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta. 2003.

___. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1945; tr. esp., *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitaria, 1949.

___. *Society and Nature. A Sociological Inquiry*. London: Kegan-Trench-Trubner, 1946.

___. *On Interpretation*, en: H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*. London: Stevens, Nueva York: Praeger, 1950, pp. xiii-xvii.

___. *Principles of International Law*. Nueva York: Rinehart, 1952.

___. *What is Justice?* (1952), en: Id., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press, 1957, pp. 1-24; tr. esp., ¿Qué es justicia? Barcelona: Ariel. 1991.

___. *Collective Security under International Law* (1954). Washington: U.S. Government Printing Office, 1957.

___. *Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre (Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice)*, 1959; tr. esp., *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho*, en: Id., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Fontamara. 1991, pp. 7-46.

___. *Das Problem der Gerechtigkeit*, 1960; tr. it., *Il problema della giustizia*. Torino: Einaudi, 1969.

___. *Law and Morality*, 1960, en: Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Selección e introducción a cargo de O. Weinberger. Dordrecht-Boston: Reidel, 1973, pp. 83-94.

___. *Reine Rechtslehre* (1960); tr. it., *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1966; tr. esp., *La teoría pura del derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán. México: UNAM, 1983.

___. *Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, 1961; tr. esp., *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, en Id., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Fontamara. 1991, pp. 119-137.

___. *Derogation* (1962), en: R.A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*. Indianapolis-New York: Bobbs-Merrill, 1962, pp. 339-355; tr. it., *La derogazione*, en: Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, R. Guastini (ed.). Milano: Il Saggiatore, 1981, pp. 189-206.

___. *Die Funktion der Verfassung* (1964); tr. ing., *The Function of a Constitution*, en: R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 109-119.

___. *Professor Stone and the Pure Theory of Law*, 1965; tr. esp., *El Profesor Stone y la teoría pura del derecho*, en: Id., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Fontamara, 1991, pp. 47-90.

___. *Recht und Logik*, en: "Forum", 1965, pp. 421-425, 495-500, 579; tr. it., *Diritto e logica*, en: P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli, vol. II, 1989, pp. 69 ss.

___. *Allgemeine Theorie der Normen* (1979); tr. it., *Teoria generale delle norme*. Torino: Einaudi, 1985; tr. esp., *Teoría general de las normas*. México: Trillas, 2007.

___. *Geltung und Wirksamkeit des Rechts*; tr. esp., *Validez y eficacia del derecho*, en: H. Kelsen, E. Bulygin y R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 49-74.

___. *Scritti autobiografici*. Traducido y coordinado por Losano. Reggio Emilia: Diabasis, 2008.

KELSEN, Hans y KLUG, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse*, 1981; tr. esp., *Normas jurídicas y análisis lógico*. Estudio preliminar a cargo de E. Bulygin. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988

KRAMER, M.H., *Dogmas and Distorsions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", XXI, 2001, pp. 679-680.

LACEY, Nicola, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAGERSPETZ, Eerik, *Obligations, Sanctions, and Coercion*, en: P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli, 2001, pp. 117 ss.

LAURENT, François, *Principes de droit civil*; tr. it., *Principii di diritto civile*. Napoli: Morano, 1868.

___. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruselas: Bruylant, 1878.

LAZZARO, Giorgio, *Sul diritto come forma*, en: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 41, 1962, pp. 636-655.

___. *Storia e teoria della costruzione giuridica*. Torino: Giappichelli, 1965.

LEITER, Brian, *Naturalism and Naturalized Jurisprudence*, en: B. Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 79-104.

___. *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 355-370.

___. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, en: "The American Journal of Jurisprudence", 48, 2003, pp. 30 ss.

LIEBERMAN, David, *The Province of Legislation Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LINDHAL, Lars, *Position and Change. A Study in Law and Logic*. Dordrecht-Boston: Reidel, 1977.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Corso di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 1985.

LOSANO, Mario G., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, en: H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*. Torino: Einaudi, 1985.

___. *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*. Segunda edición. Milano: Giuffrè, 2002.

MACCORMICK, Neil D., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, en: A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon, 1973, pp. 102 ss.

___. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981; tr. esp., *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

MAILHER DE CHASSAT, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*. París: Néve, Videcoq et fils, 1822.

MARINI, Giuliano, *Friedrich Carl von Savigny*. Napoli: Guida, 1978.

MARKBY, William, *Elements of Law Considered With Reference to Principles of General Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1885.

MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1971.

MARX, Karl, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*, en: "Rheinische Zeitung", 221, August 9, 1842.

MAZZARESE, Tecla, *'Norm Proposition'. Epistemic and Semantic Queries*, en: "Rechtstheorie", 22, 1991, pp. 39-70.

MERKEL, Adolf, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur "positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben (1874), en: Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Strasburg, Trübner, vol. I, 1899, pp. 299 ss.

___. *Juristische Enzyklopädie*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, I ed. 1885; VI ed., a cargo de Rudolf Merkel, 1920.

___. *Elemente der allgemeinen Rechtslehre* (1889), Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*. Strasburg: Trübner, vol. II, 1899, pp. 578-647.

___. *Hans Kelsen System einer reiner Rechtstheorie* (1921); tr. it., *Il sistema kelseniano di una teoria pura del diritto*, en: Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 67-97.

MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*. Viena: Deuticke, 1969.

MILL, James, *Jurisprudence*, 1828, en: Id., *Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

MOORE, Michael, *A Natural Law Theory of Interpretation*, en: "Southern California Law Review", 58, 1985, pp. 277-398.

MORESO, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona: PPU, 1992.

___. *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, en: P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli, 2001, pp. 37-63.

___. *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 35, 2005.

MORISON, William J., *John Austin*. Stanford: Stanford University Press, 1981.

MORTARA GARAVELLI, Bice, *Le parole e la giustizia*. Torino: Einaudi, 2001.

NEGRI, Antonio, *Teoria generale del diritto*, en: C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*. Milano: Savelli, 1980, pp. 398-403.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1983; tr. it., *Introduzione all'analisi del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.

___. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

___. *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel, 1994.

OLIVECRONA, Karl, *Law as Fact* (1939); tr. it., *Il diritto come fatto*. Milano: Giuffrè, 1967; tr. esp., *El Derecho como hecho*. Buenos Aires: Depalma. 1959.

___. *The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "a Law"* (1975); tr. it., *La volontà del sovrano: riflessioni sul concetto di "legge" di*

Bentham, en: Id., *La realtà del diritto. Antologia di scritti*. S. Castignone, C. Faralli y M. Ripoli (eds.). Torino: Giappichelli, 2000, pp. 202 ss.

___. *Bentham's «Veil of Mistery»* (1978); tr. it., *Il «velo di mistero» di Bentham*, en: Id., *La realtà del diritto. Antologia di scritti*. S. Castignone, C. Faralli y M. Ripoli (eds.). Torino: Giappichelli, 2000, pp. 447-461.

PARESCE, Enrico, *Teoria generale e diritto naturale*, en: Id., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 487 ss.

PATON, George Whitecross, *A Text-Book of Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1946.

PAULSON, Stanley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

___. *La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica*, en: Clérico, L., Sieckmann, J. (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 11-43.

___. *Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen -Com pós-escrito inédito*, en: J. Aguiar de Oliveira, A. Travessoni, G. Trevisonno (comps.), Hans Kelsen. *Teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional- Forense Universitaria, 2013, pp. 3-37

___. *Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität*, en: A. Carrino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*. Napoli: ESI, 1990, pp. 83-103.

___. *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, en: L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*. Torino: Giappichelli, 1990, pp. 11-47.

___. *Kelsen's Legal Theory: The Final Round*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", 12, 1992, pp. 265-274.

___. *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflection on a Periodization*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", 1998, pp. 153 ss.

___. *Introduction*, in S. Paulson, B. Litchevski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

___. *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, en: "Oxford Journal of Legal Studies", 19, 1999, pp. 351-364.

___. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

PELLICCIOLI, Luca, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*. Pisa: ETS, 2015.

PERASSI, Tomaso, *Introduzione alle scienze giuridiche*. Padova: Cedam, 1967.

PERRY, Stephen, *Hart's Methodological Positivism*, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, pp. 311-354. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PINTORE, Anna, *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, en: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Torino: Giappichelli, 1994, pp. pp. 243-264.

POGGI, Francesca, *I permessi nel diritto*, en: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 34, 2004, pp. 147 ss.

___. *Norme permissive*. Torino: Giappichelli, 2004.

POSTEMA, Gerald J., *The Expositor, the Censor, and the Common Law*, en: "Canadian Journal of Philosophy", 9, 1979.

___. *Philosophy of the Common Law*, en: J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 588-622.

PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Tecnos, 1986.

PRIOR, A.N., *Logic, Deontic*, en: *The Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (editor principal), vol. IV, 1967, pp. 509 ss.

PUFENDORF, Samuel, *De Iure naturae et gentium* (1672), traducción francesa de Jean Barbeyrac, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 1723, rist., Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1987.

___. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo* Lund: Adam Junghans, 1673.

RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1970.

___. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Edición revisada. Oxford: Clarendon Press, 1994.

___. *On the Nature of Law*, en: "Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie", 82, 1996, pp. 1-25.

___. *Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 1-37.

___. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph, ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Edición y estudio preliminar de H. Bouvier, P. Gaido y R. Sánchez Brigido. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

RICCIARDI, Mario, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*. Pisa: Edizioni ETS, 2008.

RODOTÀ, Stefano, *Diritto, diritti, globalizzazione*, en: "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2000, 4, pp. 765-777.

ROEHRSSEN, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.

ROMANO, Santi, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969.

___. *L'ordinamento giuridico*, 1918. Florencia: Sansoni, 1977; tr. esp., *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constutucionales, 2014.

ROSS, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946; tr. esp., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

___. *On Law and Justice*. Londres: Stevens, 1958; tr. it. *Diritto e giustizia*. Torino: Einaudi, 1965; tr. esp., *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

___. *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, 1961; tr. it., *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, en: Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. A. Febbrajo y R. Guastini (eds.). Bolonia: Il Mulino, 1982, pp. 153 ss.; tr. esp., *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo y el Derecho Natural*, en: Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*. México DF: Fontamara, 2006, pp. 7 – 29.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Einleitung zu den Pandekten* (1813/1814), en: A. Mazzacane (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* Frankfurt – Mein: Vittorio Klostermann, 2004.

___. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814); tr. it., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, en: Anton F.J. Thibaut, Friedrich Karl von Savigny, *La polemica sulla codificazione*. G. Marini (ed.). Napoli: ESI, 1982, pp. 87-197; tr. esp., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Granada: Comares, 2008.

___. Über den Zweck dieser Zeitschrift (1815); tr. it., *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, en: F. De Marini Avonzo, *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 75-81.

___. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit & Co., vol. I, 1840; tr. it., *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Utet, 1886; tr. esp., *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005.

SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997; tr. esp., *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Lima: Palestra, 2015.

SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Comunità, 1965; tr. esp., ¿Qué es el positivismo jurídico? Puebla: Cajica. 2001, 236 p.

___. *Teoria formale o teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica*, en: AA.VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. III. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 1667-1675.

___. *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, en: U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. Milano: Comunità, 1983, pp. 281-340.

SCARPELLI, Uberto y LUZZATI, Claudio, *Compendio di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2000.

SCHAUER, Frederik, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991; tr. esp., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2004.

SCHOFIELD, Philip, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, en: "Journal of Legal History", 12, 1991, pp. 58-88.

SEARLE, John, *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968; tr. esp., *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1980.

___. *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

SMITH, Adam, *Lectures on Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, Report of 1762-1763.

SOLARI, Gioele, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, 1915-1916. Torino: Giappichelli, 1940.

SPAAK, Torben, *The Concept of Legal Competence*. Aldershot: Dartmouth, 1994.

STEPHEN, Leslie, *The English Utilitarians. I. Jeremy Bentham*. Londres: Duckworth, 1900.

SUMMERS, Robert S., *The New Analytical Jurists*, en: "New York University Law Review", 41, 1966, pp. 861-896.

TABUCCHI, Antonio, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*. Palermo: Sellerio, 1997.

TARELLO, Giovanni, *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), en: Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 69-101.

___. *Scuola dell'esegesi*, e:n *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, vol. XIV, 1969, pp. 3-13 (extracto).

___. *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, en: "Politica del diritto", 1, 1970, pp. 140-143.

___. *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonia: Il Mulino, 1976.

___. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980; tr. esp., *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra, 2013.

___. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1988; tr. esp., *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Comares, 2002.

___. *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni*, en: S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*. Génova: Ecig, VII ed., 1994, pp. 275-291.

THIBAUT, Anton F.J., *Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, Altona, I ed., 1799, II ed., 1810.

THON, August, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (1878); tr. it. a cargo de A. Levi, *Norma giuridica e*

diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto. Padova: Cedam, II ed., 1951.

TOUSSEAU, Guillaume (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on* Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence. Londres - Nueva York: Routledge, 2014.

TREVES, Renato, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, en: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1952, pp. 177-198.

TROPER, Michel, *Ross, Kelsen et la validité*, en: «Droit & Société», 50, 2002, pp. 43-57.

TUZET, Giovanni, *Finzioni*, en: M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (eds.), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*. Roma: Carocci, 2015, pp. 269-284.

TWINING, William, *Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart* (1979), en: Id., *The Great Juristic Bazaar. Jurists' Texts and Lawyers' Stories*. Dartmouth: Ashgate, 2002, pp. 69-92.

___. *General and Particular Jurisprudence – Three Chapters in a Story*, en: S. Guest (ed.), *Positivism Today*. Aldershot: Dartmouth, 1996, pp. 120 ss.

___. *Globalisation and Legal Theory*. London: Butterworth, 2000; tr. esp., *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2003.

___. *Reviving General Jurisprudence* (2001), en: Id., *The Great Juristic Bazaar. Jurists' Texts and Lawyers' Stories*. Dartmouth: Ashgate, 2002.

VILLA, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*. Bologna: Il Mulino, 2003.

VILLAR BORDA, Luis (ed.), *Hans Kelsen 1881-1973*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

VIOLA, Francesco, *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Jaca Book, 1990.

___. *La critica ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, en: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Torino: Giappichelli, 1994, pp. 63-104.

___. *Filosofia analitica, filosofia ermeneutica e conoscenza del diritto*, en: F. D'Agostino (ed.), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 301-347.

VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1999; tr. esp.,

Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho. Madrid: Dyckinson, 1999.

___. *Le ragioni del diritto.* Bolonia: Il Mulino, 2003.

WALDRON, Jeremy, *Custom Redeemed by Statute*, en: "Current Legal Problems", 51, 1998, pp. 93-114.

___. *Normative (or Ethical) Positivism*, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 411-433.

WALTER, Robert, *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft.* Viena: Manz, 1985.

WEBER, Max, *Wissenschaft als Beruf* (1918); tr. it., *La scienza come professione*, en: Id., *Il lavoro intellettuale come professione.* Torino: Einaudi, 1948; tr. esp., *La ciencia como profesión.* Madrid: Biblioteca Nueva, 2009.

___. *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922); tr. it., *Economia e società*, vol. III, *Sociologia del diritto.* Milano: Comunità, 1981; tr. esp., *Economía y sociedad.* Ciudad de México: Fondo de Cultura económica, 2005.

WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958; tr. it. *Metodologia giuridica nel secolo XIX.* Milano: Giuffrè, 1974.

WILLIAMS, Glanville (ed.), *Salmond on Jurisprudence.* Londres: Sweet & Maxwell, XI ed., 1957.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I ed., 1886; tr. it., *Diritto delle Pandette.* Torino: Utet, 1902.

WRIGHT, Georg H. von, *Norm and Action. A Logical Enquiry.* London: Routledge & Kegan, 1963; tr. esp., *Norma y Acción. Una investigación lógica.* Madrid: Tecnos, 1970.

ZACCARIA, Giuseppe, *Tra ermeneutica e analitica: dal contrasto alla collaborazione*, en: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto.* Torino: Giappichelli, 1994, pp. 105-147.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite.* Torino: Einaudi, 1992; tr. esp., *El derecho dúctil.* Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2002.

ZORZETTO, Silvia (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari.* Pisa: ETS, 2008.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de MULTIGRAFIK S.A.C.,
por encargo de Palestra Editores SAC

Se utilizó la fuente Gandhi Serif
en 10.3 puntos para el cuerpo del texto.
Octubre, 2017

En este magnífico volumen destacan tres perspectivas de análisis que el autor ha sabido compatibilizar de modo magistral: primero se trata de una extraordinaria exposición de investigación (para)historiográfica sobre la filosofía analítica del derecho positivo, que pretende destacar el carácter de este enfoque, determinado por una línea precisa de política cultural: la utopía —la "utopía realista", para usar una feliz expresión de John Rawls— del dominio de la razón analítica sobre el pensamiento jurídico y, en consecuencia, sobre la creación y aplicación del derecho.

En segundo lugar, se trata de una introducción filosófica al estudio del derecho, en el que Chiassoni pone en diálogo a los autores del pasado con los autores contemporáneos, en una conversación ideal sobre problemas comunes, teóricos y metodológicos. Finalmente, esta es también una narrativa sobre algunas de las páginas ejemplares en la historia de la cultura jurídica occidental, entre la segunda mitad del siglo XVII y la segunda mitad del siglo XX; páginas en las que se evocan las gestas intelectuales de algunos padres de la república iusfilosófica (Hobbes, Bentham, Austin, Savigny, Ihering, Kelsen), y de las cuales es posible y necesario extraer lecciones que siguen presentes en los debates de nuestros días.

ISBN: 978-612-4218-99-6